

Primeira Parte – Debates teóricos

Capítulo 1 - Abordagens teóricas para o estudo das decisões da suprema corte

Karen Sakalauska

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

SAKALAUSKA, K. Abordagens teóricas para o estudo das decisões da suprema corte. In: KOERNER, A., org. *Política e direito na suprema corte norte-americana: debates teóricos e estudos de caso* [online]. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2017, pp. 21-58. ISBN: 978-85-7798-233-2. Available from: doi: [10.7476/9788577982332.0002](https://doi.org/10.7476/9788577982332.0002). Also available in ePUB from: <http://books.scielo.org/id/rwcyd/epub/koerner-9788577982332.epub>.



All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International license](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença [Creative Commons Atribuição 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia [Creative Commons Reconocimiento 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

PRIMEIRA PARTE
Debates Teóricos

CAPÍTULO 1

ABORDAGENS TEÓRICAS PARA O ESTUDO DAS DECISÕES DA SUPREMA CORTE¹

Karen Sakalauska

Introdução

O direito é um dos principais produtos da política e é um campo em que muitas lutas políticas são travadas. O estudo do direito e da política, como área interdisciplinar, surgiu nos Estados Unidos no início do século XX, concomitantemente com a organização dos cientistas políticos em uma sociedade profissional – a *American Political Science Association* – e tem-lhes oferecido um vasto campo de exploração. Um dos locais pioneiros dessas pesquisas foi o *Department of Public Law and Jurisprudence*, criado nos anos de 1880, na Universidade de Colúmbia (WHITTINGTON, KELEMEN e CALDEIRA, 2008). Dentro desse campo, o estudo da Suprema Corte e do comportamento judicial é o coração do subcampo denominado *judicial politics* e, empiricamente, tem se debruçado sobre o aspecto político da constituição dos tribunais e de suas decisões.

Uma das preocupações desse campo de estudos recebe a rubrica de *judicial behavior* e procura responder algumas questões centrais. Por que os juízes da Suprema Corte, na tomada de decisão judicial, comportam-se de determinada maneira? O que explica suas decisões?

¹ O presente capítulo foi elaborado nas atividades do GPD-CEIPOC, no quadro do projeto do INCT-INEU. Foi preparado como parte do trabalho de dissertação em ciência política intitulada “O Supremo Tribunal Federal e os tratados internacionais de direitos humanos: uma análise política das decisões judiciais”, defendida em 2013, e atualizado para esta coletânea.

Que motivações orientam suas escolhas? Em que medida os juízes são *policy-seekers*? Tais questões têm gerado opiniões controversas e, num esforço por respondê-las, estudiosos da Suprema Corte norte-americana desenvolveram abordagens teóricas que têm sido amplamente utilizadas pelas mais variadas pesquisas empíricas sobre comportamento judicial.

O presente capítulo apresenta as abordagens teóricas predominantes de ciência política norte-americana no campo dos *judicial studies*: a atitudinal, a estratégica e a do institucionalismo histórico.² São abordagens que nos podem fornecer diretrizes preciosas para o estudo sistemático das decisões da Suprema Corte norte-americana e do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

A abordagem atitudinal

O livro de 1948 de Charles Herman Pritchett, *The Roosevelt Court: a Study in Judicial Politics and Values 1937-1947*, é a primeira tentativa sistematizada de descrever, por meio de métodos quantitativos, o comportamento individual dos juízes e suas preferências políticas na tomada de decisão judicial (HAMMOND, BONNEAU e SHEEHAN, 2005; CLAYTON, 1999). Pritchett foi o responsável por transportar o realismo jurídico para as pesquisas em ciência política e abriu caminho para as investigações quantitativas sobre a tomada de decisão judicial nos Estados Unidos (EPSTEIN, KNIGHT e MARTIN, 2003).

A partir do trabalho de Pritchett, uma série de estudos centrados nas visões e preferências pessoais dos juízes foram desenvolvidos e o maior destaque é atribuído aos trabalhos de Glendon Schubert. Baseando-se nas considerações de psicologia social de Clyde Coombs, Schubert é o primeiro a fornecer detalhes da abordagem atitudinal (SEGAL e SPAETH, 1993) e, por isso, chega a ser considerado o pai desta perspectiva teórica (BENESH, 2003).

² O capítulo 3 analisa as relações entre as abordagens para o estudo do Poder Judiciário como um todo.

Em 1965, na obra *The Judicial Mind*, Schubert indaga até que ponto os atos públicos dos juízes são influenciados por suas crenças pessoais. O autor preocupa-se com a relação entre os sistemas de crença política e o comportamento político dos juízes e, com base no padrão dos votos judiciais, elabora uma escala das atitudes judiciais segundo preferências ideológicas, considerando-as liberais ou conservadoras.

Segundo essa perspectiva, os casos podem ser situados num espectro ideológico unidimensional, em que a posição à extrema direita do *continuum* é identificada como conservadora e aquela à extrema esquerda, como liberal. Denominam-se *j-points* a localização dos casos e *i-point* a posição dos juízes no *continuum*. De maneira simplificada, um *justice* identificado como liberal decidirá favoravelmente os casos localizados à esquerda do seu *i-point* e será desfavorável às questões à direita. Assim, a posição dos juízes pode variar de acordo com as questões específicas envolvidas em um caso (SEGAL e SPAETH, 1993; BAUM, 1997).

Muitos dos elementos da literatura pioneira foram combinados e estão na raiz da abordagem atitudinal desenvolvida por Harold Spaeth e seus associados, ao longo das últimas décadas. A principal tese dos estudiosos dessa abordagem é que as visões pessoais dos juízes, suas atitudes ou preferências políticas têm impacto sobre suas decisões e escolhas. Empiricamente orientados, há décadas eles têm produzido pesquisas indicando que as motivações políticas são o que melhor explica o comportamento da Corte e os votos finais dos juízes.

Sobre os fundamentos da abordagem, cumpre dizer que, em primeiro lugar, ela é construída a partir da ideia de indeterminação da lei, difundida pelo realismo jurídico no século XX. Tal indeterminação abre espaço para que os juízes insiram suas visões pessoais na criação da lei. Em segundo lugar, ela foi influenciada pelo movimento behaviorista, de meados do século XX, que afetou a forma como os estudiosos judiciais em ciência política passaram a realizar sua pesquisa. O movimento behaviorista moveu a ciência política da simples

descrição e prescrição para o teste das teorias e fomentou o estudo científico do direito (BAILEY e MALTZMAN, 2011; SEGAL e SPAETH, 1993; MAVEETY, 2003).

Desta maneira, a abordagem atitudinal é construída sobre a ênfase na observação empírica, na medição do que os juízes fazem e no comportamento dos juízes individualmente considerados. O modelo teórico desenvolvido a partir dos pressupostos da abordagem atitudinal pode ser adequadamente descrito como “um conjunto de procedimentos estatísticos, envolvendo uma variedade de técnicas de escalonamento multidimensional, utilizados para nos dizer quantas dimensões temáticas caracterizam a tomada de decisão da Suprema Corte.” (HAMMOND, BONNEAU e SHEEHAN, 2005, p. 40).

Em *Supreme Court Decision Making* (1976), David Rohde e Harold Spaeth, na esteira de Schubert, consideraram que a grande parte dos casos que chegam à Corte representam um conflito entre posições liberais e conservadoras e, a fim de compreender as preferências dos juízes nas múltiplas questões, categorizaram-nas em três dimensões: *liberdade*, *igualdade* e *new dealism*. Trata-se de escalas, princípios organizacionais das opiniões políticas que possibilitam distinguir um juiz liberal, moderado ou conservador. A primeira dimensão, *liberdade*, envolve questões relativas às liberdades civis e a posição liberal é mais favorável a esses direitos. A segunda, *igualdade*, abrange questões ligadas a pedidos contra tratamentos discriminatórios, sendo a posição liberal mais sensível a tais reclamações e a posição conservadora menos, pois tende a privilegiar, por exemplo, o combate ao crime. Por fim, a terceira dimensão, *new dealism*, inclui questões de regulamentação econômica pelo Estado e, neste ponto, a posição liberal, em geral, mostra-se mais favorável à regulamentação, principalmente se protetiva dos trabalhadores (BAUM, 1987). A partir dos votos individuais no decorrer do tempo, em várias áreas, essas dimensões possibilitam situar o juiz ao longo de um espectro ideológico que vai de liberal a conservador, segundo sua disposição para, sistematicamente, apoiar

ou não certas alegações jurídicas. Além disto, elas pressupõem que as preferências dos juízes são estáveis no decurso de sua carreira.

O trabalho de Rohde e Spaeth parece ter dado respaldo para o desenvolvimento da abordagem de Segal e Spaeth em duas obras-chave da literatura atitudinal: *The Supreme Court and the Attitudinal Model* (1993) e *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* (2002).

Um importante avanço metodológico de Segal e Spaeth foi fornecer pontuação para medir o aspecto ideológico separado e independente do voto dos juízes. Este avanço começou com o trabalho de Segal e Cover, em 1989, no qual os autores mediram as posições liberal-conservadora com base em publicações dos próprios *justices*, anteriores à confirmação da sua nomeação pelo Senado, em quatro jornais americanos: *The Washington Post*, *The New York Times*, *The Los Angeles Times* e *The Chicago Tribune* (SEGAL, EPSTEIN, CAMERON e SPAETH, 1995). Segal e Spaeth combinaram essas pontuações com os padrões liberal-conservador de votos (SEGAL e SPAETH, 2002). A ideia é aparentemente simples: os juízes chegam à Suprema Corte com suas preferências ideológicas formadas e, diante dos casos sobre os quais são chamados a decidir, tais preferências têm enorme influência no resultado final dos votos.

Conforme observam Hammond, Bonneau e Sheehan (2005), as duas edições de Segal e Spaeth – 1993 e 2002 – trazem duas variações da abordagem atitudinal. A primeira edição traz uma apresentação predominantemente centrada na ativação das atitudes e a segunda traz uma versão da escolha racional da abordagem atitudinal. Na edição de 2002, os autores afirmam que a abordagem atitudinal é uma fusão dos conceitos-chave do realismo jurídico, da ciência política, da psicologia e da economia. No entanto, observam Hammond, Bonneau e Sheehan, a fusão dessas características permanece vaga na explicação dos autores, bem como as “fronteiras” entre as duas versões da abordagem.

De maneira geral, uma das premissas centrais da abordagem atitudinal é que os juízes da Suprema Corte seguem objetivos políticos.

Eles têm preferências políticas acerca das questões vindas das arenas tradicionais para a Corte e, no processo de tomada de decisão, buscam resultados o mais próximo possível de suas próprias preferências políticas (ROHDE e SPAETH 1976; SEGAL e SPAETH, 2002). Tal abordagem encontra sua definição clássica nas palavras de Segal e Spaeth (2002, p. 86; 1993, p. 65): “Este modelo sustenta que a Suprema Corte decide os litígios à luz dos fatos do caso *vis-à-vis* das atitudes ideológicas e valores dos juízes. Simplificando, Rehnquist vota dessa maneira porque ele é extremamente conservador; Marshall votou daquele modo porque ele é extremamente liberal.” (SEGAL e SPAETH, 2002, p. 86; 1993, p. 65).

Sobre a tomada de decisão no mérito, os atitudinalistas argumentam que os juízes decidem livres de constrangimentos e votam em sincero acordo com suas preferências e atitudes. Essa liberdade institucional decorre, segundo apontam, de algumas prerrogativas, entre elas o fato de que: 1) a Suprema Corte é um tribunal de última instância e suas decisões não podem ser objeto de recurso para nenhum tribunal superior; 2) os juízes gozam de vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios; 3) os juízes têm poder sobre os casos que pretendem decidir e usam essa liberdade para decidir os casos que mostram argumentos jurídicos plausíveis de ambos os lados e, portanto, possibilitam a expressão sincera de suas preferências e atitudes no voto; 4) os juízes ocupam o posto mais alto na carreira e, provavelmente, poucos desejam posições mais elevadas; 5) os juízes constituem um ramo independente e, geralmente, não têm que se preocupar com a possível reação do Congresso ou do Executivo para suas decisões (SEGAL, 1999; SEGAL e SPAETH, 2002; BRENNER e WHITMEYER, 2009).

Cumprir observar que a noção de ausência de constrangimentos incidentes sobre as escolhas dos juízes só se aplica nas decisões sobre o mérito, e não nos outros estágios do processo de tomada de decisão pela Suprema Corte (SEGAL, 1999; HAMMOND, BONNEAU e SHEEHAN, 2005). Mas, apesar dessa limitação e da ampla aceitação

da abordagem pelos estudiosos da Suprema Corte, tal abordagem tem recebido inúmeras críticas.

Conforme ressalta Baum (1994), Segal e Spaeth fundamentam erroneamente sua principal alegação, de que a preferência política dos juízes é determinante na explicação dos resultados dos votos finais. Segundo Baum, os autores afastam da sua fundamentação considerações importantes, como o papel do direito. Além disso, as publicações em jornais e os padrões de votação medem apenas indiretamente as preferências políticas dos juízes.

Na mesma linha de ideias, Knight e Epstein (1998) afirmam que a abordagem atitudinal não é suficientemente explicativa, pois não leva em conta as variáveis estratégicas que motivam a tomada de decisão judicial. Para os juízes maximizarem suas preferências, eles têm que agir estrategicamente ao fazer suas escolhas.

Bailey e Maltzman (2011) argumentam que as preferências políticas expressas de maneira sincera nas decisões não explicam adequadamente, por si sós, a tomada de decisão judicial da Suprema Corte. Eles consideram que os constrangimentos legais e políticos devem ser levados em conta no estudo do processo decisório e que as preferências políticas dos *justices* fornecem apenas um ponto de partida para essa análise. Assim como têm atitudes sobre a política, os juízes também têm atitudes sobre o direito e não são independentes do sistema político em que estão inseridos.

O direito é tratado, por essa abordagem, como um meio para encobrir ou disfarçar o comportamento ideológico, mesmo que inconscientemente. Segundo tal visão, as exposições legais dão cobertura às decisões políticas dos juízes (WAHLBECK, 1997; LAX, 2011).

A abordagem atitudinal parece, assim, não fornecer uma compreensão completa da tomada de decisão da Suprema Corte, pois as atitudes, por si sós, nem sempre explicam o resultado da decisão. Apesar disso, a abordagem desmistifica a instituição e nos ajuda a entender que a Suprema Corte é uma instituição formada por indivíduos que

tomam decisões usando fatores extralegais. Nossa tarefa, agora, é expor outros fatores que transcendem as atitudes e preferências dos juízes e são importantes para uma compreensão mais completa da tomada de decisão judicial da Suprema Corte.

A abordagem estratégica e o neoinstitucionalismo da escolha racional

A abordagem estratégica tem como base os pressupostos teóricos e metodológicos da teoria da escolha racional.

Segundo Green e Shapiro, os pressupostos amplamente aceitos pelos teóricos da escolha racional e que estão no cerne dos mais variados estudos políticos são cinco: 1) o comportamento do agente é orientado pela maximização da utilidade. Quando confrontado com múltiplas opções, ele escolhe a que acredita servir melhor aos seus propósitos; 2) a racionalidade deve conter exigências consistentes, possibilitando que as opções e preferências do agente sejam conexas e transitivas. Tal pressuposto exige, por exemplo, que o agente considere dois resultados como diferentes (prefere a opção “A” a “B”) ou iguais (as opções “A” e “B” são indiferentes). Os resultados são avaliados e ordenados um em relação ao outro; 3) o valor esperado de ganho é maximizado pelo indivíduo em escala de utilidade. O foco é depositado sobre a expectativa, e não sobre o ganho real, pois o agente toma decisão sob condição de incerteza; 4) os agentes maximizadores são os indivíduos. É através da ação individual que os resultados coletivos devem ser explicados; 5) os modelos da escolha racional se aplicam ao estudo dos agentes em que decisões, regras, gostos e objetivos são estáveis ao longo do tempo (GREEN e SHAPIRO, 1994).

No âmbito da ciência política, tais pressupostos foram utilizados para estudar o direito. Basicamente, aponta Knight, esse campo de estudo se desdobra em três vertentes. A primeira vertente envolve direito e economia, empregando métodos de análise de mercado para o estudo do direito. A segunda vertente tem raízes na *Positive Political*

Theory que, a partir dos estudos centrados no Congresso, incorporou a Suprema Corte nas análises, utilizando abordagens formais para verificação das interações entre os diferentes ramos do governo. Já a terceira vertente empreende esforços para analisar a tomada de decisão judicial segundo a lógica da escolha estratégica (KNIGHT, 2001). É a esta última vertente que, primordialmente, nos dedicamos neste item.

Glendon Schubert, habitualmente associado à abordagem atitudinal, foi o primeiro cientista político a aplicar a teoria da escolha racional ao estudo do comportamento judicial (EPSTEIN e KNIGHT, 2000). Em *Quantitative Analysis of Judicial Behavior* (1959), o autor utilizou a teoria dos jogos para pensar sobre a racionalidade dos juízes na busca de seus objetivos políticos, tratando-os como tomadores estratégicos de decisão (HAMMOND, BONNEAU e SHEEHAN, 2005).

Ainda no rol dos pioneiros da abordagem estratégica, Walter Murphy tem lugar de destaque. Na sua obra *Elements of Judicial Strategy* (1964), desenvolveu a ideia de estratégia na tomada de decisão judicial, argumentando que o comportamento dos juízes é moldado pelo comportamento dos seus pares e pela potencial ação do Legislativo, do Executivo e do público em geral. Por analogia, a ideia é que, assim como um comandante militar em tempo de guerra deve estar atento às posições e possíveis ações de seus adversários, o juiz, para impor sua preferência política, deve ter em mente as preferências dos colegas e dos atores externos (EPSTEIN e KNIGHT, 2003).

Muito embora a sua obra tenha sido publicada na década de 1960, a abordagem estratégica só obteve maior atenção dos estudiosos do comportamento judicial em meados da década de 1990. Pensar no juiz como um ator racional significa dizer que, ao decidir dentre os caminhos possíveis, ele escolhe um curso de ação que de maneira ótima e mais eficiente ajudará na consecução de seus objetivos (EPSTEIN e KNIGHT, 1999). A natureza essencial de sua atividade não difere, portanto, da de um congressista. Ambos têm que decidir questões políticas importantes, formular opiniões e emitir votos com

vistas a avançar seus próprios interesses (SPILLER e GELY, 2008). Esta noção de racionalidade associada à noção de comportamento estratégico está na base da abordagem estratégica aplicada ao estudo do comportamento judicial.

Sobre a noção de comportamento estratégico, é importante observar que muitas considerações da escolha racional sobre a tomada de decisão judicial partem do mesmo pressuposto da abordagem atitudinal, de que os juízes são *goal-directed*. Mas, diferentemente da abordagem atitudinal, os teóricos da escolha racional enfatizam que essa orientação por certos resultados ocorre de maneira estratégica ou interdependente do contexto de tomada de decisão judicial (EPSTEIN, HOEKSTRA, SEGAL e SPAETH, 1998).

A diferença entre as abordagens atitudinal e a da escolha racional, antes de tudo, diz respeito à diferença entre comportamento sincero e comportamento sofisticado (estratégico). Este é explicado por Caldeira, Wright e Zorn (2005, p. 111-112):

Votos expressos pelos membros dos órgãos colegiados nem sempre representam fidedignamente suas verdadeiras preferências. Confrontados com três ou mais escolhas, os votantes podem abandonar a primeira opção, pois têm pouca chance de ganhar, a fim de impedir que vença uma alternativa que menos lhes agrada. Tipicamente chamado de voto “sofisticado” ou “estratégico”, esse comportamento tem sólido fundamento teórico, e estudiosos têm descoberto exemplos em legislaturas e eleições ao redor do mundo. A Suprema Corte é uma instituição onde o voto sofisticado é comum [...]. (CALDEIRA, WRIGHT e ZORN, 2005, p. 111-112).

Em outros termos, a abordagem estratégica adota como ponto de partida a ideia de que o comportamento dos juízes não decorre apenas de suas preferências políticas e ideológicas votadas de maneira sincera, como quer a abordagem atitudinal. Os juízes atuam estrategicamente, realizando cálculos sobre as consequências de suas

decisões e considerando um contexto interdependente, que inclui atores com poder de veto.

Sobre a natureza *goal-directed* do comportamento judicial, os mais variados trabalhos apontam que os juízes seguem primordialmente objetivos políticos (como ver uma política pública refletindo suas preferências). Mas a abordagem estratégica pode comportar inúmeros outros objetivos ou motivações (EPSTEIN e KNIGHT, 2003). As escolhas dos juízes podem, por exemplo, ser motivadas por preocupações com a legitimidade institucional ou por preocupações de natureza jurisprudencial (KNIGHT, 2001; EPSTEIN e KNIGHT, 2003). Segundo a abordagem estratégica, no entanto, a motivação predominante é que os juízes querem ser eficazes no sentido de verem os seus objetivos políticos inscritos, ao longo do tempo, no conteúdo do direito (EPSTEIN e KNIGHT, 1998; KNIGHT, 2001). Essa tem sido a motivação de destaque nos estudos sobre comportamento judicial, e ela está afinada com a tradição iniciada pelos atitudinalistas, de enfatizar o papel das preferências políticas na explicação das decisões³. Retomaremos esse importante aspecto adiante.

O premiado livro *The Choice Justices Make*, de Lee Epstein e Jack Knight, publicado em 1998, tem sido considerado pelos estudiosos uma das obras-chave para o desenvolvimento recente da abordagem do cálculo estratégico. Epstein e Knight perfilam o pioneiro fundamental da abordagem estratégica para o comportamento judicial, Walter Murphy (MAVEETY, 2003), e, através de uma combinação de dados qualitativos e quantitativos, fornecem evidências importantes de que os juízes se comportam estrategicamente em todos os estágios do processo de tomada de decisão da Corte (HAMMOND, BONNEAU e SHEEHAN, 2005).

³ Em certa medida, a literatura ressalta um elo entre as abordagens atitudinal e da escolha racional: a centralidade ou domínio das preferências políticas na explicação da escolha judicial. Esse elo leva Harold Spaeth a considerar a abordagem da escolha racional como um subtipo da abordagem atitudinal: "O modelo legal e da escolha racional podem muito bem ser vistos como subtipo do modelo atitudinal, na medida em que ambos admitem a presença de preferências políticas pessoais no exercício da escolha decisional" (SPAETH, 2008, p. 757).

É importante notar que o objetivo dessa obra não foi desenvolver um modelo teórico formal a ser testado, mas analisar a lógica básica da ação estratégica, identificando as maneiras que se manifestam nas escolhas dos juízes e fornecendo um quadro para a compreensão de suas implicações nas pesquisas sobre o tribunal.

De maneira sistematizada, os autores estabelecem os principais componentes do cálculo estratégico para a tomada de decisão judicial, a saber: 1) as ações dos juízes são dirigidas para a realização de objetivos; 2) os juízes são estrategistas; 3) as instituições estruturam as interações dos juízes.

Assim, como já se pontuou, diz-se que uma ação é racional quando leva em conta a escolha que mais eficazmente satisfaz os objetivos desejados. O ator age intencionalmente e com fim de maximizar um objetivo específico. Os juízes, neste sentido, agem para ter suas posições políticas preferidas refletidas no direito. Este é o principal objetivo que perseguem. Para tanto, eles atuam estrategicamente, sendo que por “estratégia” designa-se que o processo de tomada de decisão judicial é interdependente, vale dizer, uma ação individual depende, em parte, das ações de outros atores (EPSTEIN e KNIGHT, 1997 e 1998).

Nesse contexto, ao decidir, um juiz calcula quais serão as preferências e escolhas de seus pares, o que se desdobra em agir racionalmente em todo o processo decisório. Ele também leva em conta as preferências de outros atores políticos chave, como o Congresso, o presidente e o público em geral. Se os cálculos estratégicos que realizam falharem, as consequências podem ser indesejáveis. Assim, por exemplo, o Congresso pode minar as decisões através da introdução de legislação contrária à *opinion* esposada pela Corte, ou o público pode recusar-se a cumprir a decisão – o que pode mitigar a sua legitimidade.

A questão que se coloca diz respeito à fonte de informação dos juízes, vale dizer, para calcular as preferências e o curso de ação dos demais atores os juízes precisam ter informações que direcionem suas escolhas. Eles precisam ser capazes de fazer previsões sobre o

contexto político e social em que estão operando. Dentre as fontes de informação, os autores apontam duas principais: a mídia e os pronunciamentos das partes e *amicus curiae*. Segundo argumentam, há evidências de que os juízes prestam atenção nas notícias da imprensa e a partir disso obtêm informações sobre o ambiente político. Tais notícias associadas às suas próprias percepções políticas possibilitam que eles façam cálculos sobre as preferências e prováveis ações dos outros atores (EPSTEIN e KNIGHT 1998, 1999).

Epstein e Knight argumentam, ainda, que não é possível entender as decisões dos juízes sem considerar o contexto institucional em que operam. Conceituam instituições como sendo um conjunto de regras que têm o papel de estruturar as interações sociais. Elas podem ser formais, como as leis, ou informais, como as normas e convenções. Tais regras ajudam os atores estratégicos, pois fornecem informações sobre como é esperado que se aja em determinada situação: elas estabelecem limites sobre a gama de comportamentos aceitáveis (KNIGHT, 2001). Assim, o respeito aos precedentes, bandeira da abordagem legal, é considerado pelos estudiosos da abordagem estratégica como um exemplo de constrangimento próprio desse contexto institucional (KNIGHT, 2001).

Nessa linha de ideias, Maltzman, Spriggs e Wahlbeck, no texto *Strategy and Judicial Choice: New Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making* (1999), discutem a abordagem do cálculo estratégico em conjunto com a abordagem neoinstitucionalista da Corte Suprema, enfatizando o papel dos constrangimentos institucionais (*constraints*) no processo de tomada de decisão dos juízes⁴. Assim como Epstein e Knight, os autores esclarecem que esses constrangimentos

⁴“Em contraste, o neoinstitucionalismo devolve os atores políticos racionais ao seu contexto institucional, argumentando que o cálculo racional confere considerações de elementos estratégicos ao jogo político. Em vez de ter apenas o objetivo de maximizar, os atores racionais entendem que eles enfrentam um número de constrangimentos impostos pelas ações de outros atores políticos e pelo contexto político em que eles agem. Os juízes, em suma, são atores estratégicos que levam em consideração os constrangimentos que encontram quando tentam introduzir suas preferências no direito.” (MALTZMAN, SPRIGGS e WAHLBECK, 1999, p.46).

podem ser regras formais ou informais que têm o condão de limitar as escolhas disponíveis aos atores políticos. As instituições influenciam as escolhas dos juízes, pois fornecem informações sobre o comportamento esperado e sinalizam as sanções impostas ao tribunal pelos demais atores. Os juízes, segundo tal abordagem, reagem à resposta antecipada dos outros, podendo, no entanto, agir sinceramente (se o contexto político favorecer uma atuação segundo suas preferências) ou em função das limitações impostas pelos demais atores, moderando suas posições preferidas para que a decisão se aproxime tanto quanto possível do seu ponto ideal.

Os constrangimentos incidentes sobre o comportamento dos juízes podem ser de duas ordens: 1) constrangimentos internos ou endógenos; 2) constrangimentos externos ou exógenos.

Os constrangimentos endógenos são o que Maltzman, Spriggs e Wahlbeck denominam “jogo colegiado” (*collegial court game*). Conforme explicam, as regras institucionais, os procedimentos e as normas internas à Corte constroem a capacidade dos juízes de traduzir suas preferências para a política legal⁵. De modo que a possibilidade de um juiz transpor seus objetivos políticos para o/no direito depende de inúmeros fatores, tais como a configuração da agenda da Corte, regras sobre atribuição de parecer e normas sobre redação do parecer.

Com efeito, um juiz interessado em atingir seus objetivos políticos em determinado tema deve considerar, por exemplo, o lugar do caso na agenda do Tribunal. Ele, sozinho, não pode determinar que o caso seja colocado na pauta de julgamento, e esse é um constrangimento importante. De acordo com as normas internas (*rule of four*), seria necessário, para tanto, apoio de pelo menos mais três juízes, estabelecendo-se, assim, um jogo colegiado. A disposição dos juízes em conceder *certiorari*⁶ dependerá das decisões de seus colegas, vale

⁵ As regras procedimentais da Suprema Corte são explicadas no capítulo 5.

⁶ O instituto do *writ of certiorari*, conforme veremos, é uma particularidade da Suprema Corte norte-americana que possibilita o controle da agenda pelo Tribunal. Sua origem remete ao *Judiciary Act* de 1925. Esse instituto permite que o Tribunal selecione discricionariamente os casos que

dizer, da percepção sobre como eles decidirão o mérito. Um juiz poderá deixar de conceder o *certiorari* se acreditar que sua posição não será a vencedora na votação do mérito. Essa estratégia é conhecida como *defensive denials* (PINTO, 2006).

Os constrangimentos exógenos referem-se ao que os autores designam como “jogo da separação de poderes” (*separation of powers game*). Parte-se da ideia de que a Suprema Corte está inserida no sistema político em que vigem regras constitucionais de freios e contrapesos, possibilitando, por exemplo, ao Legislativo derrubar uma decisão da Corte através da aprovação de uma legislação. Diante disto, os juízes jogam o jogo da separação de poderes fazendo escolhas estratégicas para evitar a censura do Congresso⁷.

Michael A. Bailey e Forrest Maltzman, no trabalho *Constrained Court* (2011), propõem uma abordagem para análise da tomada de decisão judicial da Suprema Corte que pode ser incluída no rol da abordagem estratégica aqui apresentada.

Resumidamente, a obra de Bailey e Maltzman está assentada em três ideias centrais: 1) os juízes são influenciados por algo mais que apenas as preferências políticas, como afirma a abordagem atitudinal; 2) a lei importa (*law matters*) para os juízes; 3) os atores políticos externos influenciam os juízes.

Segundo explicam, os modelos teóricos elaborados a partir da consideração de que as preferências ideológicas dos juízes têm o condão de explicar todos os comportamentos da Corte falham quando aplicados aos casos em que a simples dimensão liberal-conservadora não dá conta das suas complexidades. Os casos *Texas versus Johnson* (1989) e *Virginia versus Black* (2003) são exemplos utilizados por Bailey e Maltzman para corroborar tal ideia. Em ambos, os padrões de votação e preferências estimados segundo as escalas da abordagem

irá julgar, podendo ser utilizado como estratégia evasiva para não julgar determinados casos.

⁷ Os capítulos 4, 6 e 7 apresentam casos em que há tensões nas relações entre a Suprema Corte e os outros poderes, da União e dos estados.

atitudinal não serviram para prever a tomada de decisão dos juízes. Eles não são adequados para explicar a votação nesses casos. De outro modo, o comportamento dos juízes nos casos pode ser explicado por considerações legais.

Os autores consideram que fatores jurídicos afetam o comportamento dos juízes. Eles chamam a atenção para três doutrinas jurídicas que, com maior probabilidade, podem constranger a tomada de decisão judicial: *stare decisis*, restrição judicial e estrita interpretação da Constituição (ou da Primeira Emenda) (BAILEY e MALTZMAN, 2011 e 2008).

A doutrina do *stare decisis*, derivada do latim *stare decisis et non quieta movere*⁸, preconiza a atenção aos casos pretéritos que apresentem semelhanças de fato e de direito com o atual. Ela parte da noção de que o respeito aos precedentes pode guiar a tarefa dos juízes. Por sua vez, a doutrina da restrição judicial (*judicial restraint*) diz respeito à deferência ao Legislativo e pode ser explicada, conforme ressaltam os autores, através do discurso dos juízes de que é tarefa dos legisladores, devidamente eleitos, mudar a política. Essa doutrina pode ser adequadamente expressa no discurso do *Chief Justice* Robert: “Os membros do Congresso foram escolhidos por centenas de milhares de pessoas, milhões de pessoas. Nem uma única pessoa votou em mim. E isso é, para mim, um obstáculo importante. Significa que eu não estou lá para fazer um julgamento baseado em minhas preferências políticas pessoais” (*Apud* BAILEY e MALTZMAN, 2011, p.191; 2008, p. 372).

Já a doutrina da estrita interpretação da Constituição está ligada à interpretação da Primeira Emenda, que desautoriza expressamente o Congresso a violar seis liberdades fundamentais, dentre elas a liberdade de expressão. Bailey e Maltzman verificam que essa doutrina tem levado os juízes a votar, muitas vezes, contra suas preferências pessoais. Caso emblemático é o do juiz conservador Scalia, que no caso

⁸ “Mantenha-se a decisão e não se distúrbie o que foi decidido”. Isso é o que se chama de “jurisprudência” e indica que os princípios de direito estabelecidos nas decisões anteriores devem ser aplicados em casos futuros semelhantes.

Texas versus Johnson, envolvendo a profanação da bandeira americana, votou favoravelmente ao acusado, justificando: “Eu teria ficado encantado em jogar o sr. Johnson na cadeia. Infelizmente, pelo modo como entendo a Primeira Emenda, eu não poderia fazê-lo” (BAILEY e MALTZMAN, 2011, p. 194-195).

Os autores apresentam evidências empíricas de que os juízes agem em um ambiente constrangido, em primeiro lugar, por fatores legais, mas argumentam que a experiência jurídica dos juízes é um elemento que faz variar seu grau de aderência a esses princípios, no sentido de que os juízes mais antigos são mais propensos a levar em conta os fatores legais, como o *stare decisis*, no processo de tomada de decisão. Em segundo lugar, a tomada de decisão dos juízes é constrangida por fatores políticos. Eles não estão isolados do que acontece nos Poderes Legislativo e Executivo, e respondem às mudanças nas preferências do Congresso e do presidente. A ideia de que a Corte é uma instituição controlada por juízes que reconhecem as oportunidades e os limites associados a suas posições leva os autores a fornecerem um método para medir quanto esses fatores legais e políticos afetam a tomada de decisão e quanto os juízes são movidos por considerações legais e por considerações políticas.

Essa abordagem parece representar uma elaboração teórica mais sofisticada que as anteriores. Ela parte das contribuições da abordagem atitudinal e agrega considerações do institucionalismo da escolha racional, dando ênfase às preferências dos juízes, aos fatores externos e institucionais da Corte e preconizando em que medida a lei importa no processo de tomada de decisão judicial.

Por fim, um dos recentes desenvolvimentos dentro da abordagem estratégica foi publicado no livro *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice* (2012), de Lee Epstein, Richard A. Posner e William M. Landes, e no artigo *Reconsidering Judicial Preferences* (2013), de Lee Epstein e Jack Knight. São trabalhos que se propõem a oferecer uma abordagem mais realista

do comportamento judicial e agregam contribuições de diferentes perspectivas (da ciência política e de outras disciplinas), para, dentre outras coisas, estudar de maneira mais ampla as motivações dos juízes no processo de tomada de decisão, indo além da convencional noção de que os juízes agem motivados pela maximização política.

No mencionado artigo, Epstein e Knight (2013) dão início à revisão dos pressupostos e desdobramentos da abordagem estratégica. Largamente impulsionados pelas evidências empíricas apresentadas por inúmeros trabalhos que demonstram que as preferências políticas não são tão determinantes do comportamento dos juízes, os autores propõem uma restauração das bases em que se assentam os estudos de tribunais em ciência política.

Essa reformulação parece partir dos pressupostos de Richard A. Posner, de que os juízes agem como todas as outras pessoas, buscando maximizar os seus interesses, que incluem elementos monetários e não monetários (como o lazer, o prestígio e o poder), a incorporação de sua preferência política na lei, e muito mais. Sem diminuir a ênfase no papel das preferências políticas na tomada de decisão, os autores propõem uma investigação mais ampliada das motivações para explicar o comportamento e as escolhas que os juízes fazem. Justificam a ampliação analítica a partir do seguinte argumento:

Como existem apenas 24 horas em um dia, os juízes precisam decidir como alocar o seu tempo entre as atividades mencionadas: atividades judiciais (por exemplo, ouvir e decidir casos, trabalhar com colegas e funcionários), as atividades não judiciais (por exemplo, escrever livros, participar em conferências, ensinar) e lazer. Dadas as limitações de tempo, os juízes procuram maximizar suas preferências sobre um conjunto de fatores pessoais (a maioria dos quais também têm implicações para os objetivos ideológicos e legais): 1) satisfação no trabalho; 2) satisfações externas; 3) lazer; 4) salário e renda e 5) promoção (EPSTEIN e KNIGHT, 2013, p. 19)⁹.

⁹ Esse recente avanço dentro da abordagem estratégica tem sido chamado pela bibliografia de

Segundo afirmam, há um corpo de literatura oferecendo dados sobre cada um desses elementos, e eles devem ser explorados num modelo mais realista do comportamento judicial. Ele passa pelo abandono da abordagem atitudinal, porque ela tem foco apenas nas motivações políticas e ideológicas, e elas são apenas um dos motivos explicativos da tomada de decisão.

De outro modo, esse modelo é gerado no seio da abordagem estratégica, pois ela é capaz de comportar uma ampla gama de motivações. Na esteira de Posner, Epstein e Knight (2013) argumentam que, ao ter que decidir um caso, um juiz enfrenta incertezas e ambiguidades da lei e deve equilibrar uma série de fatores em seu raciocínio, de modo que “sua resposta a um caso é gerada pela doutrina jurídica, constrangimentos institucionais, preferência políticas, considerações estratégicas, tudo junto e misturado e mediado por temperamento, experiência, ambição e outros fatores pessoais” (POSNER, 2008, *apud*, EPSTEIN e KNIGHT, 2013, p. 25). Por tal razão, Epstein e Knight vislumbram três tipos principais de motivações que devem ser exploradas numa abordagem estratégica mais realista: motivações ideológicas, motivações pessoais e motivações legais.

Sobre este último tipo de motivação, Epstein e Knight (2013) identificam que a principal tarefa da incorporação do direito na análise estratégica é desenvolver indicadores de como as categorias jurídicas podem afetar as decisões e como afetam a evolução do conteúdo substantivo do direito. Para tanto, salientam as contribuições que os métodos empregados em diferentes abordagens podem oferecer para a elaboração do modelo proposto. Mencionam os caminhos explorados

ELP's theory (teoria de Epstein, Landes e Posner) e tem recebido críticas relevantes. Dentre os críticos estão, por exemplo, Cass Sunstein (2013) e Cameron e Kornhauser (2015). Estes últimos observam que a teoria da escolha racional é composta, basicamente de três elementos. Em primeiro lugar, ela identifica os agentes, definindo suas preferências. Em segundo lugar, identifica o conjunto de opções disponíveis para o agente. E em terceiro lugar, identifica o ambiente em que o agente atua. Ocorre que a teoria de Epstein, Landes e Posner aborda apenas o primeiro desses elementos de uma teoria da escolha racional. Ela é silente em explicar como a última opção ideológica de um voto (a satisfação no trabalho, a satisfação externa, o salário e o lazer) determina os resultados com os quais o juiz se preocupa ou como afeta os seus argumentos.

por abordagens históricas (como as de Graber¹⁰ e Whittington¹¹), por estudos sobre a psicologia de julgar (como os elaborados por Braman¹², Guthrie¹³ e Rachlinski¹⁴) e por abordagens assentadas em teoria formal (como as empreendidas por Kastellec¹⁵, Lax¹⁶ e Cameron¹⁷).

Nesse novo viés da abordagem estratégica, os juízes atuam estrategicamente para atingir seus objetivos, quaisquer que sejam eles. Eles podem querer ver sua posição política preferida refletida no conteúdo do direito ao longo do tempo, tal como podem ser motivados por outros fatores. O mais importante nesse recente desdobramento é entender a estrutura motivacional e as condições sob as quais os juízes encontram um equilíbrio entre as motivações concorrentes e, com isso, possibilitar explicar os efeitos dessas motivações nos mais variados conjuntos de casos e na evolução substantiva do direito em diferentes temas.

A abordagem do institucionalismo histórico

O institucionalismo, pautado pela crença de que “as instituições importam” (*institutions matter*), tem dado primazia analítica às instituições na explicação dos fenômenos políticos. Como resposta, em parte, à “revolução behaviorista”, tal perspectiva teórica se desdobrou em três principais vertentes no campo da ciência política: sociológica, da escolha racional e histórica.

¹⁰ Graber M. A. 2006. *Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil*. New York: Cambridge Univ. Press.

¹¹ Whittington K. E. 2007. *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press.

¹² Braman E. 2009. *Law, Politics and Perception: How Policy Preferences Influence Legal Reasoning*. Charlottesville: Univ. Virginia Press.

¹³ Guthrie C.; Rachlinski J. J.; Wistrich A. J. 2007. *Blinking on the bench: how judges decide cases*. Cornell Law Rev. 93:1-43.

¹⁴ Rachlinski J. J.; Johnson S.; Wistrich A. J.; Guthrie C. 2009. *Does unconscious bias affect trial judges?* Notre Dame Law Rev. 84:1195-246.

¹⁵ Kastellec J. 2007. *Panel composition and judicial compliance on the U.S. courts of appeals*. J. Law Econ. Org. 23:421-41.

¹⁶ Lax J. R. 2011. *The new judicial politics of legal doctrine*. Annu. Rev. Polit. Sci. 14:131-57.

¹⁷ Lax J. R.; Cameron C. M. 2007. *Bargaining and opinion assignment on the US Supreme Court*. J. Law Econ. Org. 23:276-302.

O institucionalismo histórico aplicado ao estudo dos tribunais se apresenta como uma abordagem mais eclética do que as acima descritas, seja porque seus pioneiros apresentam enfoques diferentes, seja porque variam cronologicamente (MAVEETY, 2003).

Uma primeira observação a ser feita diz respeito à diferença entre antigo (*old*) institucionalismo e o novo (*new*) institucionalismo histórico no marco dos trabalhos sobre comportamento judicial. Tomamos emprestada a explicação de Clayton (1999 e 2003) sobre o cerne dessa diferença para dizer que os antigos institucionalistas abraçam uma concepção realista das instituições, descrevendo-as tal como elas existem, deixando de lado qualquer idealização a respeito do seu funcionamento e constituição. Eles tendem a focar mais as estruturas formais e tangíveis, como as cortes, as doutrinas jurídicas, as opiniões escritas, os estatutos e as Constituições¹⁸. Por outro lado, os neoinstitucionalistas mostram-se mais abertos a aceitar uma maior porosidade e dinamismo das instituições, enfatizando o papel das normas informais, mitos e estrutura social e cultural passada.

Nesse contexto, o grande pioneiro da abordagem do antigo institucionalismo parece ser Edward Corwin. Influenciados por uma concepção realista do direito, os estudos de Corwin adotam a perspectiva histórica para analisar a ciência política, demonstrando que o conhecimento do passado pode guiar os políticos do presente. Corwin enfatiza mais a importância do contexto histórico e ideológico na tomada de decisão judicial do que a lógica interna da doutrina jurídica ou das preferências individuais dos juízes. Segundo Clayton (2003), a defesa de que as inclinações dos juízes são, antes de tudo, produto da estrutura ideológica ou institucional que enquadram o pensamento judicial e constituem a natureza das preferências judiciais é a maior contribuição de Corwin para os estudiosos de comportamento judicial.

¹⁸ Ver os capítulos 6 e 7, em que os autores estudam as decisões proferidas pela Corte sobre os casos relacionados ao 11 de Setembro, combinando a dimensão normativa das decisões e os efeitos políticos da atuação da Corte na dinâmica entre os poderes.

Além disso, Corwin tratava a história como um método e não como o fim da exploração dos objetos estudados.

Sob a influência de Corwin, Alpheus Mason é apontado como precursor do novo institucionalismo histórico e, apesar de ter se dedicado a inúmeros outros trabalhos, ele é bastante conhecido por suas biografias judiciais utilizando a perspectiva institucionalista (DAVIS, 2003). As biografias judiciais de Mason apresentam ricos detalhes sobre o contexto histórico, político e institucional em que os seus personagens tomavam as decisões. Além disso, exploram as relações entre a Suprema Corte e os outros ramos do governo, além de evidenciarem a conexão da Corte com o desenvolvimento das ideias políticas americanas. Davis (2003) considera que as análises de Mason estabelecem as bases sobre as quais os estudiosos neoinstitucionalistas históricos desenvolveram seus trabalhos posteriormente, na medida em que Mason enfatizou o papel do contexto institucional em que seus objetos de estudo estavam inseridos, recusando-se a explicar o comportamento dos juízes em termos de autointeresse racional (*rational self-interest*). Para Mason, os juízes são indivíduos cujos interesses e ações são moldados por uma combinação complexa de fatores históricos, institucionais e sociais, vale dizer, o contexto em que atuam informa/molda suas preferências, atitudes e objetivos (DAVIS, 2003).

Martin Shapiro, aluno de outro pioneiro do antigo institucionalismo histórico, Robert McClosely, mostrou preferência por utilizar o método histórico-interpretativo mais do que as abordagens quantitativas e formais no estudo do direito e das cortes (GILLMAN, 2004). Com a publicação do livro *Law and Politics in the Supreme Court*, em 1964, também antecipou as concepções que formam, atualmente, a abordagem do neoinstitucionalismo (KRITZER, 2003). Seu trabalho é considerado uma ponte importante entre a análise institucionalista tradicional do Judiciário e as assertivas neoinstitucionalistas. Shapiro reconhece que a Corte interage com o sistema político em que está inserida, mas de modos diferentes dos demais ramos do governo,

pois desempenha papéis distintos em diferentes áreas de tomada de decisão (KRITZER, 2003; GILLMAN, 2004)¹⁹.

A partir da visão de que as cortes e os juízes podem ser submetidos ao mesmo tipo de análise que as demais instituições e atores políticos, ele desenvolveu a chamada *political jurisprudence*, entendendo que cortes são cortes, mas também são instituições políticas. Com isso, Shapiro conecta a teoria do direito (*jurisprudence*) com a perspectiva política (*political*), chamando a atenção para o contexto e as influências políticas sobre os juízes, as cortes e o conteúdo do que os juízes dizem. Este conteúdo ajuda a entender como os juízes afetam uns aos outros e como afetam os demais atores políticos. Assim, mais importante do que saber quem ganha ou quem perde é atentar para a opinião esposada pelos juízes nas decisões. Tais opiniões importam mais que o resultado da decisão em si, pois elas sinalizam para os demais atores os resultados prováveis em futuros casos semelhantes, demarcando posições e comunicando valores. Para Shapiro, essa sinalização é central no processo de *policy-making* (KRITZER, 2003).

De maneira geral, o institucionalismo histórico como abordagem destinada à análise do comportamento judicial preconiza que as normas, poderes e preferências institucionalmente constituídas importam, porque têm o condão de informar o comportamento e também reconstituir o contexto em que os juízes atuam (MAVEETY, 2003). Ele considera os arranjos institucionais e os processos sociais relevantes para a compreensão do fenômeno político e considera as instituições forças independentes no processo de tomada de decisão judicial (DAVIS, 2003). O institucionalismo histórico busca, outrossim, explicar a tomada de decisão judicial como um processo em que atitudes e preferências são variáveis dependentes, constituídas, inclusive, pelas concepções sobre o papel da corte, o senso de obrigação e as expectativas institucionais.

¹⁹ Sobre esse ponto, ver a discussão no capítulo 4.

Segundo essa abordagem, o comportamento dos juízes não é motivado tão somente por um cálculo sobre os riscos e maximização dos objetivos, como quer a abordagem estratégica, ou por suas preferências ideológicas, como preconiza a abordagem atitudinal, mas é também orientado por um senso de obrigação para com o direito e por um compromisso de agir em certos caminhos e de acordo com as expectativas depositadas em sua função institucional (GILLMAN e CLAYTON, 1999; DAVIS, 2003). Neste sentido, as instituições estruturam a habilidade do juiz de agir dentro de um conjunto de crenças, bem como representam uma fonte de propósitos, objetivos e preferências políticas (GILLMAN e CLAYTON, 1999). A relação entre os atores políticos e as instituições é, portanto, interativa. Isto significa dizer que as instituições moldam os interesses, valores e preferências dos atores, mas estes também influenciam as instituições (DAVIS, 2003).

Sobre este aspecto, Gillman e Clayton (1999) chamam atenção para uma diferença importante entre as abordagens do institucionalismo da escolha racional e do institucionalismo histórico. Eles salientam que os estudos efetuados da perspectiva do institucionalismo da escolha racional tendem a considerar que as instituições estruturam as interações entre o ambiente externo e o comportamento judicial. As instituições são, sob esta perspectiva, “simplesmente o conjunto de regras dentro do qual o jogo de maximização do interesse próprio é jogado” (CLAYTON, 1999, p. 31).

Já os estudiosos engajados na abordagem do institucionalismo histórico consideram que o comportamento judicial não é apenas *estruturado* pelas instituições, mas é também *constituído* por elas, na medida em que os objetivos e valores associados com o arranjo institucional fornecem impulso e direção aos atores políticos. Em outras palavras, as instituições “constrangem as escolhas através da estruturação de incentivos, mas também moldam as preferências, influenciando ideias” (WHITTINGTON, 2000, p. 615). Não simplesmente impõem constrangimentos sobre as escolhas que os juízes fazem mas

são, também, locais onde as preferências se formam e uma ordem normativa se constitui (WHITTINGTON, 2000). Sob esta perspectiva, a definição de “instituição” tem incluído uma vasta gama de fenômenos, indicando não apenas regras e normas formais mas também estruturas cognitivas, hábitos de pensamento, rotina e tradições do discurso político (WHITTINGTON, 2000). Clayton e Gillman explicam que tal perspectiva é histórica “porque presume que, ao longo do tempo, como as instituições interagem com outras características do sistema político e tentam lidar com as mudanças sociais, elas podem se transformar e desenvolver novas normas, tradições e funções” (1999, p. 6-7).

A perspectiva institucionalista encoraja, ademais, o retorno do direito para o estudo do comportamento judicial, preocupando-se com a colocação da Corte e da lei dentro do amplo contexto intelectual e social que molda o direito e define seu significado. A lei passa ser compreendida como um conjunto de ideias que molda a maneira como os indivíduos pensam e interagem com o mundo, mas ela própria tem seu significado construído nesse contexto social (WHITTINGTON, 2000)²⁰.

Dentro do institucionalismo histórico, uma contribuição interessante é a de Gillman (1999), que propõe uma abordagem interpretativa para o estudo da Suprema Corte partindo da noção de *missão institucional*. Segundo o autor, o que faz algo ser reconhecido como uma instituição é a sua missão, que pode ser definida como um “propósito identificável ou objetivo normativo que, num momento histórico particular em um contexto particular, torna-se rotinizado dentro de uma forma corporativa identificável como resultado dos esforços de certos grupos de pessoas” (GILLMAN, 1999, p. 79). Esse processo de rotinização da missão está ligado ao estabelecimento de certos atributos organizacionais, como os documentos fundadores, as lideranças, a divisão de responsabilidades, as regras de funcionamento, os mecanismos de tomada de decisão. O estabelecimento de

²⁰ Essa discussão será retomada no capítulo 2.

atributos organizacionais é importante para possibilitar que certos atores estabeleçam uma relação formal com a instituição.

No caso de uma corte, o fato de os atores a ela ligados pensarem sobre si próprios como parte de um corpo, trabalhando juntos para promover certos objetivos e realizar determinada função é o que a identifica como uma instituição. A estrutura de significado incorporada na corte e na mentalidade dos atores que a compõem define sua missão institucional distinta/peculiar no sistema político. Gillman (1999) propõe uma análise mais profunda do contexto institucional em que os juízes tomam suas decisões, com o objetivo de entender se eles estão comprometidos com os propósitos institucionais discerníveis.

Considerações finais

O quadro a seguir busca sintetizar alguns dos principais conceitos envolvidos no estudo do comportamento decisório. Ele compara as abordagens apresentadas, colocando lado a lado as diferenças e semelhanças entre elas e oferece-nos uma visão geral dessas perspectivas de análise. A partir disso, é possível extrair pressupostos importantes para a análise da tomada de decisão judicial.

A abordagem atitudinal ajuda-nos a ver os juízes como *policy-seekers*, orientados por seus objetivos e preferências pessoais na tomada de decisão judicial. O modelo teórico construído sobre tal pressuposto considera que as decisões podem ser explicadas pelas preferências pessoais dos juízes, individualmente considerados. As preferências políticas e ideológicas podem ser colocadas num *continuum* unidimensional que vai da direita à esquerda, segundo sua preferência seja considerada conservadora ou liberal. Tal abordagem nos diz pouco sobre como as questões levantadas nos casos são enquadradas fora da Corte e por que os juízes escolhem determinados caminhos em vez de outros. E, muito embora no Brasil os estudiosos de Judiciário em ciência política afirmem que o modelo atitudinal é inadequado para o estudo da realidade judicial brasileira (DA ROS, 2008), a simples ideia

de que a decisão de mérito do Tribunal é tomada, primordialmente, tendo em vista fatores políticos, já é uma contribuição importante e um ponto de partida para estudar a atuação dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

A abordagem estratégica agrega elementos da escolha racional para considerar que os juízes são atores metaorientados, que agem racionalmente num ambiente estruturado pelas instituições e restringidos pelas preferências dos demais juízes, dos outros atores políticos e do público em geral. Dentre os objetivos que os juízes estrategicamente buscam maximizar o mais importante é a inserção de sua preferência política no direito, ao longo do tempo. No estudo do comportamento judicial, a abordagem estratégica dá destaque aos fatores políticos e jurídicos, como elementos que constroem as escolhas que os juízes fazem na tomada de decisão judicial, e essa contribuição é mais elaborada do que a oferecida pela abordagem atitudinal.

Tal abordagem também tem se aprimorado a fim de entender, de modo mais realista, as motivações que orientam as escolhas dos juízes e como as motivações variadas afetam o conteúdo substantivo e a evolução do direito. Isso nos leva a entender que não se deve considerar as preferências políticas como a única causa explicativa das decisões, mas deve-se, sim, entendê-las como mais um elemento que é estrategicamente ponderado pelos juízes no processo de tomada de decisão.

Por fim, a abordagem do institucionalismo histórico nos fornece nortes interessantes para a análise do comportamento judicial e para um entendimento dos juízes como atores inseridos numa situação social e política particular. Essa abordagem, aplicada ao estudo da tomada de decisão judicial, encoraja o retorno do direito nos estudos empíricos, considerando importante olhar para o que os juízes dizem como forma de entender como eles pensam e agem sobre as questões que decidem, dentro de um contexto constituído e estruturado pelas instituições.

continua

	Abordagem Atitudinal	Abordagem Estratégica	Abordagem do Institucionalismo Histórico
Lei/Direito	<ul style="list-style-type: none"> - concepção instrumental; - ferramenta para avançar as preferências políticas pessoais dos juízes; - não afeta os juízes; - não é um fator relevante para explicar a tomada de decisão judicial; - usada para encobrir comportamento ideológico. 	<ul style="list-style-type: none"> - concepção instrumental; - ferramenta para avançar os objetivos dos juízes; - o direito importa, pois pode representar um constrangimento sobre as escolhas dos juízes. 	<ul style="list-style-type: none"> - o direito importa; - conjunto de ideias que molda como o indivíduo pensa e interage com o contexto em que está inserido, mas também é constituído e obtém significado por meio desse contexto; - natureza reguladora e constitutiva.
Juiz	<ul style="list-style-type: none"> - <i>policy-seekers/goal directed</i>; - reagem a estímulos e decidem motivados por suas preferências pessoais manifestadas de maneira sincera. 	<ul style="list-style-type: none"> - <i>goal directed</i>; - atores racionais que fazem escolhas agindo estrategicamente para maximizar seus interesses. 	<ul style="list-style-type: none"> - atores políticos cujos interesses e ações são moldados por uma série de fatores. São motivados, por ex., pelo dever com o direito, senso de responsabilidade e expectativas institucionais.
Outros atores políticos	<ul style="list-style-type: none"> - não é um fator relevante para explicar a tomada de decisão judicial. 	<ul style="list-style-type: none"> - constroem as escolhas dos juízes, pois fornecem informações sobre o comportamento esperado e sinalizam sanções; - as preferências desses atores são levadas em conta no cálculo estratégico que os juízes fazem. 	<ul style="list-style-type: none"> - parte do contexto institucional.

conclusão

	Abordagem Atitudinal	Abordagem Estratégica	Abordagem do Institucionalismo Histórico
Instituições	<p>- não é um fator relevante para explicar a tomada de decisão judicial.</p>	<p>- as instituições importam, porque estruturam as interações dos juízes e constroem suas escolhas;</p> <p>- conjunto de regras formais, como leis, e regras informais, como normas e convenções.</p>	<p>- as instituições importam, elas regulam e constituem as preferências dos juízes;</p> <p>- variável independente no estudo dos tribunais;</p> <p>- definição ampla, engloba estrutura e regras formais, bem como hábito de pensamento, rotinas etc.</p>
Decisões	<p>- oportunidades para seguir preferências políticas e ideológicas.</p>	<p>- oportunidades de maximizar objetivos num contexto constrangido pelas preferências dos demais atores políticos chave;</p> <p>- oportunidades para inserir preferências no conteúdo do direito, ao longo do tempo.</p>	<p>- oportunidades de interpretar a lei e o seu papel no contexto social e político, constituindo o seu significado e sinalizando valores albergados pela corte.</p>
Objetivos e preferências dos juízes	<p>- variável mais importante para explicar o comportamento judicial e a tomada de decisão no mérito.</p>	<p>- variável importante, mas é constrangida por fatores estratégicos, internos e externos ao ambiente de tomada de decisão.</p>	<p>- variável dependente;</p> <p>- são constituídas por inúmeros fatores, tais como as concepções sobre o papel da corte, o senso de obrigação e as expectativas institucionais.</p>

Referências bibliográficas

BAILEY, Michael A; KAMOIE, Brian; MALTZMAN, Forrest. 2005. *Signals from the Tenth Justice: The Political Role of the Solicitor General in Supreme Court Decision Making*. American Journal of Political Science, v. 49, n. 1, p. 72-85.

BAILEY, Michael A.; MALTZMAN, Forrest. 2008. *Does Legal Doctrine Matter? Unpacking Law and Policy Preferences on the U.S. Supreme Court*. The American Political Science Review, v. 102, n. 3, p. 369-384.

BAILEY, Michael A.; MALTZMAN, Forrest. 2011. *The Constrained Court: Law, Politics, and the Decisions Justices Make*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

BLACK, Ryan C.; OWENS, Ryan J. 2009. *Solicitor General Influence and the United States Supreme Court*. Annual Meeting of the Southern Political Science Association, New Orleans, Louisiana.

BLACK, Ryan C.; OWENS, Ryan J. 2009b. *Agenda-Setting in the Supreme Court: The Collision of Policy and Jurisprudence*. The Journal of Politics, v. 71, n. 3, p.1062 - 1075.

BAUM, Lawrence. 1987. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

BAUM, Lawrence. 1994. *Symposium: The Supreme Court and the Attitudinal Model*. Law and Courts Newsletter, pp. 3-5.

BAUM, Lawrence. 1997. *The Puzzle of Judicial Behavior*. Ann Arbor, Michigan: The University of Michigan Press.

BENESH, Sara. 2003. *Harold J. Spaeth: The Supreme Court Computer*. In *The Pioneers of Judicial Behavior*. Ed. Nancy Maveety. Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Press, p. 116-147.

BOUCHER, Robert L. Jr.; SEGAL, Jeffrey A. 1995. *Supreme Court Justices as Strategic Decision Makers: Aggressive Grants and Defensive Denial on the Vinson Court*. The Journal of Politics, v. 57, n. 3, p. 824 - 837.

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

BRIGHAM, John. 1987. *The Cult of the Court*. Philadelphia: Temple University Press.

CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R. 1988. *Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court*. *The American Political Science Review*, v. 82, n. 4, p. 1109-1127.

CALDEIRA, Gregory, WRIGHT, John; ZORN, Christopher. 1999. *Sophisticated Voting and Gate-keeping in the Supreme Court*. In EPSTEIN, Lee. 2005. *Courts and Judges*. Washington University, p. 111-134.

CAMERON, Charles M. e KORNHAUSER, Lewis A. 2015. *Rational Choice Attitudinalism? A Review of Epstein, Landes and Posner's The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*. *New York University Law and Economics Working Papers*. Paper 412.

CLAYTON, Cornell W. 1999. *The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old Institutionalisms*. In *Supreme Court Decision-Making: New institutionalist approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, p.15-41.

CLAYTON, Cornell W. 2003. *Edward S. Corwin as Public Scholar*. In *The Pioneers of Judicial Behavior*. Ed. Nancy Maveety. Ann Arbor, Michigan: The University of Michigan Press, p. 289-315.

CLARK, Tom S.; LAUDERDALE, Benjamin E. 2012. *The Genealogy of Law*. *Political Analysis*, p. 329–350.

COLLINS JR., Paul M. 2007. *Lobbyists before the U.S. Supreme Court: Investigating the Influence of Amicus Curiae Briefs*. *Political Research Quarterly*, v. 60, n. 1, p. 55-70.

CORDAY, Margaret Meriwether; CORDAY, Richard. 2008. *Strategy in Supreme Court Case Selection: The Relationship Between Certiorari and the Merits*. Ohio State Law Journal. v. 69, 2008, p.1-51.

DA ROS, Luciano. 2008. *Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988- 2007)*. Dissertação de Mestrado em Ciência Política. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

DAVIS, Sue. 2003. *Alpheus Thomas Mason: Piercing the Judicial Veil*. In *The Pioneers of Judicial Behavior*. Ed. Nancy Maveety. Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Press, p. 316-335.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. 1997. *The New Institutionalism - part II*. Law and Courts Newsletter, Spring 1997, p. 1-28.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. 1998. *The Choices Justices Make*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly Press.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. 1999. *Mapping Out the Strategic Terrain: The Informational Role of Amicus Curiae*. In Clayton, Cornell W. & Gillman, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: The Chicago University Press, p. 215-235.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. 2000. *Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, a Look Ahead*. Political Research Quarterly, p. 625 -661.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D. 2003. *The Political (Science) Context of Judging*. St. Louis University Law Journal, pp. 783-817.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. 2012. *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*. Harvard University Press.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. 2013. *Reconsidering Judicial Preferences*. Annual Review of Political Science. v. 16, p. 11-31.

GILLMAN, Howard. 1999. *The Court as an Idea, Not a Building (or a Game): Interpretive Institutionalism and the Analysis of Supreme Court Decision-Making*. In *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, p. 65-87.

GILLMAN, Howard. 2004. *Martin Shapiro and the Movement from “Old” to “New” Institutional Studies in Public Law Scholarship*. Political Science Annual Review, p. 363-382.

GREEN, Donald P.; SHAPIRO, Ian. 1994. *Pathologies of Rational Choice Theory: A Critique of Applications in Political Science*. New Haven: Yale University Press.

HAMMOND, Thomas; BONNEAU, Chris; and SHEEHAN, Reginald. 2005. *Strategic Behavior and Policy Choice on the U.S. Supreme Court*. Stanford, California, Stanford University Press.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. 1897. *The Path of the Law*. Harvard Law Review, v. 10, issue 8, p. 457-478.

JOHNSON, Timothy R.; WAHLBECK, Paul J.; SPRIGGS, James F. 2004. *The Influence of Oral Arguments on the U.S. Supreme Court*. Annual meetings of the American Political Science Association, Chicago, Illinois.

KASTELLEK, Jonathan P. 2010. *The Statistical Analysis of Judicial Decisions and Legal Rules with Classification Trees*. Journal of Empirical Legal Studies, v. 7, issue 2, p. 202-230.

KNIGHT, Jack. 2001. *Law and Rational Choice*. St. Louis: Washington University.

KRISLOV, Samuel. 1963. *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*. The Yale Law Journal, v. 72, n. 4, p. 694-721.

KRITZER, Herbert M. 2003. *Martin Shapiro: Anticipating the New Institutionalism*. In *The Pioneers of Judicial Behavior*. Ed. Nancy Maveety. Ann Arbor, Michigan: The University of Michigan Press, p. 387-416.

LAX, Jeffrey R. 2011. *The New Judicial Politics of Legal Doctrine*. *The Annual Review of Political Science*, p.131-157.

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS, James F. & WAHLBECK, Paul. 1999. *Strategy and Judicial Choice: New Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making*. In Clayton, Cornell W. & Gillman, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, p. 43-64.

MARCH, James G. e OLSEN, Johan P. *Neo-institucionalismo: fatores organizacionais na vida política*. *Revista de Sociologia e Política*. 2008, v. 16, n. 31, p. 121-142.

MAVEETY, Nancy. 2003. *The Pioneers of Judicial Behavior*. Ann Arbor, Michigan: The University of Michigan Press.

MURPHY, Walter; PRITCHETT, Herman C.; EPSTEIN, Lee. 2002. *Courts, Judges and Politics: An Introduction to the Judicial Process*. 5th Edition. New York: McGraw-Hill.

NICHOLSON, Chris; COLLINS JR, Paul M. 2007. *Selecting Influence? The Solicitor General and the Supreme Court*. Annual Meeting of the Midwest Political Science Association, Chicago, Illinois.

PERRY Jr., H. W. 1991. *Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. 2006. *Repercussão Geral e Writ of Certiorari*. Dissertação de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

POPPER, Karl R. 1963. *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*. New York: Routledge and Kegan Paul.

ROHDE, David W.; SPAETH, Harold J. 1976. *Supreme Court Decision Making*. San Francisco: W. H. Freeman.

SHAPIRO, Martin. 1963. *Political Jurisprudence*. Kentucky Law Journal, v. 52, p. 294-345.

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

SEGAL; Jeffrey A.; EPSTEIN, Lee; CAMERON, Charles M.; SPAETH, Harold J. 1995. *Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices*. The Journal of Politics, v. 57, n. 3, p. 812-823.

SEGAL, Jeffrey A. 1999. *Supreme Court Deference to Congress: An Examination of the Markisist Model*. In Clayton, Cornell W. & Gillman, Howard. *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago: The Chicago University Press, p. 237-253.

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

SPAETH, Harold J.; SEAGAL, Jeffrey A.; HOEKSTRA, Valerie; EPSTEIN, Lee. *Do political preferences change? A longitudinal study of U.S Court Justices*. Journal of Politics, Texas, v. 60, n. 3, p. 801-818.

SPAETH, Harold J. 2008. *Reflections about Judicial Politics*. In WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford Handbook of Law e Politics*. Oxford University Press.

SPILLER, Pablo T.; GELY, Rafael. 2008. *Strategic Judicial Decision Making*. In *The Oxford Handbook of Law e Politics*. Oxford University Press, p. 34-45.

SUNSTEIN, Cass R. 2013. *Moneyball for Judges: the statistics of judicial behavior*. New

Republic (Apr. 9, 2013). Disponível <https://newrepublic.com/article/112683/moneyball-judges> [<https://perma.cc/KQW6-GZ2Y>]

WAHLBECK, Paul J. 1997. *The life of the Law: Judicial Politics and Legal Change*. The Journal of Politics, v. 59, n. 3, august 1997, p. 778-802.

WAHLBECK, Paul J. 2006. *Strategy and Constraints on Supreme Court Opinion Assignment*. University of Pennsylvania Law Review, v. 154, No. 6, Symposium: The Chief Justice and the Institutional Judiciary, p. 1729-1755.

WHITTINGTON, Keith. 2000. *Once More Unto the Breach: Post Behavioralist Approaches to Judicial Politics*. Law & Social Inquiry, v. 25, n. 2, p. 601-634.

WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. 2008. *The Oxford Handbook of Law e Politics*. Oxford University Press.