

Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Türner

The political uses of presidential nominations to the Supreme Federal Court: a reply to Mariana Prado and Cláudia Türner

*Diego Werneck Arguelhes**

*Leandro Molhano Ribeiro***

RESUMO

Em recente artigo, Prado e Türner procuram sustentar empiricamente a tese de que o presidente da República tenta manter sua influência nas decisões de políticas públicas por meio da maximização do número de indicações para o Supremo Tribunal Federal e para agências reguladoras, bem como pela indicação de pessoas cada vez mais jovens para essas posições. No caso do STF, o modelo das autoras parte da premissa de que há uma relação forte entre as preferências político-constitucionais dos ministros e as do presidente que os indicou. Neste trabalho, apresentamos duas objeções básicas a esse modelo explicativo das indicações para o STF. Primeiro,

* Professor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

** Professor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

do ponto de vista do presidente, obter decisões judiciais convergentes com suas preferências não é o único objetivo político em jogo. Argumentamos que a indicação pode tanto servir a fins políticos *internos* ao funcionamento do Tribunal (convergência entre preferências presidenciais e decisões judiciais, como no modelo das autoras), quanto a objetivos que denominamos fins políticos *externos* a essa instituição, que identificamos como *barganha* e *sinalização*. A segunda objeção é que a própria utilidade e eficácia de indicações voltadas para fins internos depende de uma série de fatores de que o modelo de Prado e Turner não é capaz de dar conta. Variáveis como a opinião pública, a composição do Congresso, a dinâmica da interação entre os ministros do STF e a própria composição do tribunal no momento da vaga podem diminuir a utilidade política da indicação com fins puramente internos. Isso ajuda a explicar as eventuais indicações, para o STF, de pessoas cujas preferências políticas não são perfeitamente convergentes com as do presidente. Nesse cenário, o resultado observável do processo de preenchimento de vagas para o STF reflete, de uma forma complexa, uma tentativa de integrar esses variados fins, recursos, restrições e oportunidades políticas.

PALAVRAS-CHAVE

Supremo Tribunal Federal — processo de indicação de ministros — Presidência da República — comportamento judicial — separação de poderes

ABSTRACT

In a recent paper, Prado & Turner defend and test empirically the claim that Brazilian Presidents have tried to influence public policy by maximizing the number of people they appoint to the Supreme Federal Court (STF) and regulatory agencies, and by appointing increasingly young people to these positions. In the case of the STF, the authors' model assumes that there is a strong relationship between the political-constitutional preferences of the Justices and the President who appointed them to the Court. In this paper, we present two basic objections to this explanatory model of Presidential nominations to the STF. First, from the perspective of the President, making judicial decisions converge with her political preferences is not the only relevant political goal at stake. The STF appointment process can be used to foster both political goals that are *internal* to the Court (convergence between Presidential and judicial

policy preferences, as recognized in the authors' model) and *external* political goals, which we identify as *bargaining* or *signaling*. The second objection is that the very utility of appointments aimed at what we label internal political goals depends on a host of factors and conditions that a model such as Prado & Turner's one cannot accommodate. Variables such as public opinion, the composition of Congress, the patterns of interaction between the existing STF Justices and the current composition of the Court often decrease the expected utility and effectiveness of appointments made to foster convergence between judicial decisions and Presidential preferences. These two points allow us to better explain why it is the case that Brazilian Presidents sometimes appoint to the Court individuals whose political preferences are not fully convergent with their own. In this scenario, the observable outcome of the STF appointment process reflects, in a complex way, Presidential attempts to integrate in a single decision these multiple political goals, resources, constraints and opportunities.

KEYWORDS

Supremo Federal Court — judicial appointments — presidency — judicial behavior — separation of powers

1. Introdução

Em seu artigo "A democracia e seu impacto nas nomeações das agências reguladoras e ministros do STF", publicado no número 250 da *Revista de Direito Administrativo*, Mariana Prado e Cláudia Turner fazem um diagnóstico sobre como o presidente da República tem usado seu poder de indicar nomes para vagas no Supremo Tribunal Federal e em agências reguladoras no Brasil e, com base nesse diagnóstico, apresentam uma proposta normativa de redesenho institucional.

Mais especificamente, no plano descritivo, as autoras procuram testar a hipótese de que, em um cenário de possível alternância partidária no poder, o presidente da República tentará manter sua influência nas decisões de políticas públicas no país por meio de duas estratégias básicas: "(i) maximizar o número de pessoas nomeadas para cargos com estabilidade ou com mandatos fixos; e (ii) prolongar ao máximo a permanência de seus nomeados nos

respectivos cargos”.¹ No caso, os contornos básicos dessas estratégias seriam visíveis tanto no comportamento presidencial em relação às indicações para o STF quanto para agências reguladoras, ainda que o desenho institucional específico de cada órgão vá implicar modos diferentes de implementação desses objetivos.

No plano normativo, Prado e Turner argumentam que, dado que (i) e (ii) correspondem a comportamentos estratégicos que vêm sendo efetivamente adotados pelo presidente no Brasil, é um problema do ponto de vista democrático que as oportunidades de indicação de ministros do STF e diretores de agências reguladoras sejam distribuídas de forma desigual (ou potencialmente desigual) entre diferentes mandatos presidenciais. Assim, para neutralizar esse problema, sugerem medidas como a adoção de mandatos fixos para ministros do STF, sendo as vagas abertas em intervalos iguais e predeterminados de tempo, de modo que a cada mandato presidencial corresponda o mesmo número de oportunidades de indicar cidadãos para o Tribunal.

O pioneirismo e a importância desse tipo de trabalho no âmbito da academia jurídica nacional são claros. Prado e Turner encaram as instituições brasileiras como elas são, contribuindo de forma pioneira para mapear, dentro do arranjo de separação de poderes no país, as possíveis interseções reais e institucionais — e não imaginárias ou resultantes de concepções normativas extraídas da teoria constitucional canônica — entre direito e política. Se é certo que o presidente procura e consegue maximizar a influência da sua visão política nas decisões do STF por meio do processo de indicação de ministros, então a tradicional ideia do papel “contramajoritário” do Poder Judiciário em relação às maiorias políticas deve ser posta em xeque — para não falar de noções ainda persistentes de que a atividade de interpretação constitucional levada a cabo pelo STF é eminentemente técnica, sem qualquer componente político ou moral significativo. Para os juristas, o artigo de Prado e Turner oportunamente recoloca o Supremo no lugar de onde ele costuma sair quando entramos em debates constitucionais normativos: o mundo da política partidária, ainda que a atuação do STF não se reduza completamente a esta esfera.

Mais ainda, a importância da hipótese levantada pelas autoras vai além do debate estritamente jurídico. No Brasil, mesmo no campo da ciência política, ainda há muitas perguntas em aberto sobre a mecânica da interação do

¹ PRADO, Mariana; TÜRNER, Cláudia. A democracia e seu impacto nas nomeações das agências reguladoras e ministros do STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 28, jan./abr. 2010.

Judiciário, e especificamente do Supremo Tribunal Federal, com os demais poderes. Graças a importantes trabalhos realizados dos anos de 1990 para cá, apenas para citar alguns exemplos ilustrativos, sabemos muito e cada vez mais sobre o perfil dos juízes brasileiros;² sobre seu uso por atores políticos como ponto de veto;³ e também sobre seu papel canalizador de demandas sociais às quais os outros poderes podem não ser adequadamente responsivos.⁴ Estamos nos acostumando a ver o Judiciário como estando cercado pela política e, eventualmente, como participante da política. Entretanto, ainda temos insuficiente compreensão sistemática, no nível micro, de como funcionam os mecanismos pelos quais decisões judiciais são tomadas e qual a influência dos ciclos da política nesse processo decisório.⁵

O artigo de Prado e Turner é, portanto, parte de um conjunto importante de passos para se entender a dinâmica das relações entre Judiciário e política partidária no Brasil. Entretanto, é preciso ter cautela com uma radicalização no sentido oposto. As premissas sobre as quais esses passos iniciais são dados podem não ser ainda suficientemente sólidas no que se refere à descrição que apresentam do funcionamento das instituições judiciais e políticas no Brasil. A maior parte tanto dos estudos existentes sobre a influência de preferências individuais de juízes na tomada de decisão, quanto das análises do processo político pelo qual se indicam membros de tribunais superiores foi desenvolvida por observação da realidade dos EUA, ou seja, a partir de condições institucionais muito específicas. Embora o diálogo com essa literatura seja im-

² SADEK, Maria T. (Org.). *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006; VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

³ TAYLOR, Matthew M. *Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008; _____. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados — Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007; VIANNA, Luiz Werneck et al. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, v. 19, p. 39-85, 2007.

⁴ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁵ RIBEIRO, Leandro M.; ARGUELHES, Diego W.; PEIXOTO, Vítor. Processo decisório, Judiciário e políticas públicas: levando a decisão judicial a sério. In: ENCONTRO DA ANPOCS, 33^o, 2009. Ver, porém, os trabalhos de Fabiana Luci de Oliveira, testando a influência de diferentes variáveis extrajurídicas sobre o comportamento dos ministros do STF no julgamento de ADIns (OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Justice, professionalism and politics in the exercise of judicial review by Brazil's Supreme Court. *Brazilian Political Science Review*, v. 2, n. 2, p. 93-116, 2008), e de Adriana de Moraes Vojvodic, Ana Mara F. Machado e Evorah L.C. Cardoso, discutindo a complexidade de se reconstruir o significado jurídico das decisões resultantes do processo decisório no âmbito do STF (VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara F.; CARDOSO, Evorah L.C. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista de Direito FGV São Paulo*, v. 5, n. 1, p. 21-44, 2009).

portante para mostrar a plausibilidade de se encarar essas interseções entre direito e política como centrais na análise de decisões de tribunais superiores, as condições institucionais sobre as quais esses modelos operam não podem ser simplesmente assumidas como válidas no caso do Brasil.

Nesse cenário, o objetivo deste artigo é discutir as hipóteses centrais do projeto descritivo de Prado e Turner, independentemente da sua proposta normativa para o STF e para as agências reguladoras. Temos duas objeções básicas à descrição do funcionamento das instituições judiciais e políticas no Brasil que sustenta o trabalho. Primeiro, não é necessariamente verdade que os presidentes brasileiros indicam ministros do STF tendo como critério sua idade e orientação política. Do ponto de vista do presidente da República, o preenchimento de vagas para o STF é um jogo de interações estratégicas que envolve múltiplos objetivos, instâncias e estágios de negociação entre atores coletivos. Isso torna problemática qualquer compreensão do uso do poder de indicação como um problema de maximização, sujeita a restrições, de um único fim político. No modelo de Prado e Turner, a convergência entre preferências do presidente e decisões do STF é inadequadamente tomada como único objetivo presidencial em jogo no processo de indicação para o STF. Neste trabalho, vamos explorar alguns dos vários tipos de maximização política que o presidente pode operar na escolha de um nome para uma vaga no STF, mostrando que a indicação pode tanto servir a fins políticos *internos* ao funcionamento do Tribunal (convergência entre preferências presidenciais e decisões judiciais), quanto a objetivos que denominamos fins políticos *externos* a essa instituição. Como será discutido posteriormente, em um contexto político-institucional de “presidencialismo de coalizão”,⁶ como é o caso do Brasil, os fins políticos *externos* podem, em diversos momentos, ser mais importantes do que a simples maximização do alinhamento entre preferências políticas do presidente e decisões futuras do STF.

⁶ ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados — Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n 1, p. 5-34, 1988. Nesse artigo, Sérgio Abranches cunhou a expressão “presidencialismo de coalizão” para caracterizar o sistema político brasileiro. Abranches define o processo de constituição do pacto de governo da seguinte maneira: “A formação de coalizões envolve três momentos típicos. Primeiro, a constituição da aliança eleitoral, que requer negociação em torno de diretivas programáticas mínimas, usualmente amplas e pouco específicas, e de princípios a serem obedecidos na formação do governo, após a vitória eleitoral. Segundo, a constituição do governo, no qual predomina a disputa por cargos e compromissos relativos a um programa mínimo de governo, ainda bastante genérico. Finalmente, a transformação da aliança em coalizão efetivamente governante, quando emerge, com toda força, o problema da formulação da agenda ideal de políticas, positiva e substantiva, e das condições de sua implementação” (ver artigo citado, p. 27 e 28).

Além disso, mesmo se abstrairmos as finalidades impostas pela coalizão presidencial e outras prioridades políticas, a própria utilidade que o presidente extrai da indicação, para o STF, de um ministro alinhado com suas preferências é contingente e sujeita a múltiplas restrições. Entre os inúmeros fatores que podem tornar menos atraente, do ponto de vista do presidente, a indicação de um candidato perfeitamente alinhado com suas preferências políticas, podemos citar: a composição do Legislativo; o funcionamento interno do Tribunal, incluindo a sua composição atual e o tipo de interações estratégicas observáveis entre os ministros no processo de tomada de decisão; o peso de concepções formais⁷ do indicado e dos demais ministros sobre o papel que o STF deve ter na vida política do país; a possível pressão exercida por grupos de interesse e associações da sociedade civil. Nesse sentido, o segundo objetivo deste trabalho é mostrar que, mesmo quando estivermos operando no âmbito de indicações presidenciais que podem ser explicadas em função da maximização de objetivos políticos ligados à função que o STF exerce e ao conteúdo de decisões judiciais, o cenário em que presidentes operam ao escolher ministros “politicamente alinhados” é muito mais complexo do que uma leitura dos estudos existentes nos EUA pode sugerir à primeira vista. Em outras palavras, ainda que seja verdade que o presidente procura sempre indicar ministros perfeitamente alinhados com suas preferências políticas, a eficácia dessas indicações em produzir decisões judiciais futuras politicamente alinhadas à agenda do presidente depende de uma série de fatores muito mais complexos do que o modelo de Prado e Turner é capaz de dar conta. Esses fatores são capazes de diminuir a utilidade política da indicação de candidatos perfeitamente alinhados, podendo inclusive — e não raramente — fazer com que a indicação afinal feita não seja a de alguém com preferências políticas totalmente convergentes com as do presidente.

⁷ Chamamos aqui de *concepção formal* qualquer entendimento sobre o papel do STF, como instituição judicial, no cenário político do país, que orienta o comportamento dos ministros de forma relativamente independente de preferências políticas substanciais que esses atores possam ter sobre a *policy* sendo examinada. Por exemplo, um ministro pode ter uma concepção segundo a qual, ao tratar de questões que envolvam valores morais, o STF deve ser deferente a decisões legislativas tomadas mediante grande deliberação no Congresso e na sociedade em geral, evitando impor suas próprias convicções ou crenças morais substanciais no julgamento da constitucionalidade dessa decisão legislativa, exceto em casos de contrariedade flagrante em relação ao texto constitucional. Dessa forma, esse ministro hipotético votaria a favor da constitucionalidade de uma lei que legalizasse a prática de aborto em qualquer hipótese, ainda que fosse pessoalmente contra a justiça, moralidade ou correção dessa mesma lei.

2. Expectativas presidenciais e comportamento judicial: o que o “modelo atitudinal” não é

Os estudos de comportamento judicial responsáveis pela divulgação do “modelo atitudinal” são os trabalhos de Jeffrey Segal e Harold Spaeth,⁸ que desenvolvem e testam empiricamente o papel explicativo das *atitudes políticas* de cada ministro da Suprema Corte em relação às decisões do tribunal. É exatamente essa a referência utilizada por Prado e Turner para justificarem como plausível a premissa da ligação entre indicação presidencial e decisão judicial no âmbito do STF. Elas assumem que decisões de ministros indicados por um determinado presidente tenderão a exibir uma “coloração política” próxima dos valores e entendimentos políticos desse presidente. Esse seria, na verdade, o mecanismo que justificaria como racional a ação estratégica dos presidentes em relação ao STF no período descrito pelas autoras. O objetivo presidencial tem sido aumentar o número de vagas e indicar mais ministros para o STF precisamente porque, segundo esse argumento, mais ministros indicados pelo presidente X implica mais votos favoráveis ao presidente X em casos futuros — ou, colocando o ponto de uma forma mais nuançada, mais votos relativamente próximos das preferências político-constitucionais que o presidente X tem. Para justificar essa (forte) premissa, Prado e Turner fazem referência aos seminais estudos de Segal e Spaeth.

Nesta seção, mostraremos que o modelo atitudinal não é capaz de justificar a premissa adotada na análise das autoras. Procuraremos desagregar duas variáveis que muitas vezes são tratadas de forma unificada no que se refere à sua influência sobre o comportamento observado de tribunais superiores: (a) as preferências políticas dos membros dessas instituições e (b) o projeto político dos atores (presidentes e senadores, no caso dos EUA) que foram formalmente responsáveis pelo preenchimento dessas vagas na Corte. O objetivo é mostrar que, mesmo no contexto onde essa literatura foi inicialmente desenvolvida, é possível argumentar que da aceitação da premissa do “modelo atitudinal” de que a ideologia é uma variável-chave para explicar as decisões judiciais não se segue necessariamente que: (1) toda e qualquer indicação presidencial (e aprovação senatorial) para tribunais superiores expressa um esforço deliberado de se direcionar a forma pela qual decisões judiciais

⁸ SEGAL, A.; SPAETH, H. *The Supreme Court and the attitudinal model*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999; _____. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

são tomadas no país; e (2) as decisões judiciais refletem uma correspondência entre ideologia do juiz e preferências políticas do presidente.

Entretanto, os trabalhos de Segal e Spaeth tomam a ideologia *pessoal* do ministro — e não a ideologia do presidente que os indicou — como a variável decisiva que, em interação com os fatos dos casos que chegam diante dos ministros, permitiria explicar as decisões da Suprema Corte dos EUA. Dadas as extremas garantias institucionais de que dispõem uma vez confirmados no cargo, bem como o fato de, na prática, poderem *escolher* os casos que desejam julgar — o que concentra o fluxo decisório nos casos mais juridicamente controvertidos e/ou politicamente carregados —, os ministros da Suprema Corte desfrutam de uma grande independência. Na prática, não há qualquer autoridade acima (ou ao lado) deles que possa ameaçá-los de forma crível e forçá-los a decidir de outra forma; além disso, só recebem os casos difíceis, justamente aqueles para os quais não haveria respostas “técnicas” consensuais na comunidade jurídica. Nesse contexto institucional, argumentam Segal e Spaeth, faz sentido assumir que os ministros votem de acordo com suas preferências individuais — que, no caso dos EUA, podem ser observadas como mais “liberais” ou mais “conservadoras”.⁹

Esse conjunto de estudos tem sido objeto de sérias críticas por parte de diversos segmentos da academia norte-americana, tanto no nível conceitual, quanto no que se refere à sua alegada validação empírica.¹⁰ Entretanto, independentemente de a questão ainda estar em aberto em círculos acadêmicos, parece ser um fato notório no debate público nos EUA que há uma convergência mínima entre as preferências políticas do presidente e as preferências políticas das pessoas que ele(a) indicou para vagas em tribunais superiores. São inúmeros os comentários sobre como resultados eleitorais virão a influenciar a forma pela qual questões constitucionais centrais serão respondidas na

⁹ Segundo os autores, esse arcabouço institucional é uma condição importante para que os juízes da Suprema Corte possam maximizar suas preferências políticas: “*The Supreme Court’s rules and structures, along with those of the American political system in general, give life-tenured justices enormous latitude to reach decisions based on their personal policy preferences. Member of the Supreme Court can further their policy goals because they lack electoral or political accountability, have no ambition for higher office, and comprise a court of last resort that controls its own caseload. While the absence of these factor may hinder the personal policy-making capabilities of lower court judges or judges in other political systems, their presence enables the justices to engage in rationally sincere behavior*”. (SEGAL e SPAETH, op. cit., p. 92-93)

¹⁰ Para uma revisão crítica dos principais trabalhos de Segal e Spaeth na linha “atitudinal” e da reação que provocaram tanto entre juristas quanto entre cientistas políticos, ver GILLMAN, Howard. What’s law got to do with it? Judicial behavioralists test the “legal model” of judicial decision-making. *Law and Social Inquiry*, n. 26, p. 465-504, 2001.

próxima geração — ou até mesmo em um futuro próximo.¹¹ Nas últimas décadas, a cobertura feita nos EUA por jornais de grande circulação sobre todo processo de escolha, indicação e confirmação de ministros da Suprema Corte trata esses momentos como oportunidades de se mudar ou preservar o direito constitucional do país. Essa explícita interpretação política desses processos se tornou particularmente comum desde a fracassada indicação de Robert Bork para a Suprema Corte, apresentada por Ronald Reagan, em 1987, mas derrotada no Senado após uma extensa, feroz e pública batalha entre democratas e republicanos.¹² Alguns autores chegam inclusive a ver no mecanismo de preenchimento de vagas para a Suprema Corte um “equivalente funcional” do mais demorado e raramente usado procedimento de emenda constitucional, tanto em termos de efeito obtido sobre o direito vigente, quanto em termos de legitimidade democrática.¹³

Entretanto, justamente por serem quase completamente independentes dos outros atores políticos, esses ministros estão livres para decidir de acordo com *suas* próprias crenças políticas, que podem ou não convergir com as crenças do

¹¹ Ver especialmente BALKIN, Jack; LEVINSON, Sanford. Understanding the constitutional revolution. *Virginia Law Review*, v. 87, n. 1, p. 1045-1104, Oct. 2001, sobre os resultados esperados da decisão Bush v. Gore, na qual a Suprema Corte dos EUA confirmou a vitória de George W. Bush na corrida presidencial em 2000.

¹² Ver, por exemplo, GREENHOUSE, Linda. Ideology as a Court issue: Democrats pick clear Battlefield on Bork, but political consequences are uncertain. *New York Times*, 3 July 1987, onde se lê: “Democrats in effect declared that in choosing Judge Bork, President Reagan asked for an ideological fight and was going to get one. [...] If the premise of the Senate debate is that the addition of Robert Bork to the Supreme Court will profoundly alter the course of constitutional law, then the vote on the nomination inevitably becomes something much more than a vote on Robert Bork. It becomes a referendum on the very issues that make senators most uncomfortable: abortion, affirmative action, questions of church and state, all the legislative genies that the Reagan revolution let out of the bottle in the early 1980’s [...]”. Ver, no mesmo sentido, _____. The Supreme Court: Bush picks a wild card. *New York Times*, 2 July 1991, apontando que, na discussão sobre a confirmação ou não de Clarence Thomas para a Suprema Corte, após indicação pelo presidente George Bush, o importante é saber o quanto o conservador Thomas faria parte de um projeto presidencial de alterar os rumos constitucionais do tribunal “[...] the question is to what extent, if he is confirmed, Judge Thomas would add weight to the Court’s new majority that appears willing, even eager, to dismantle important parts of the legacy that Justice Marshall [cuja vaga seria preenchida por Thomas] helped to build”. Ver também DOWD, Maureen. Conservative black judge, Clarence Thomas, is named to Marshall’s court seat. *New York Times*, 2 July 1991, observando que: “Response to the nomination [de Clarence Thomas] broke along political lines, with civil rights groups and some Democrats on the Senate Judiciary Committee promising a tough grilling. Anti-abortion groups hailed the choice, in the apparent belief that Judge Thomas’s generally conservative views would lead him to vote for reversal of the 1973 ruling that women have a Constitutional right to abortion”. Para uma análise da mobilização política e da cobertura jornalística no processo de confirmação de Robert Bork, ver BRONER, Ethan. *Battle for justice: how the Bork nomination shook America*. 2. ed. New York: Union Square Press, 2007 (originalmente publicado em 1989).

¹³ Para uma formulação e defesa desse ponto, ver ACKERMAN, Bruce. Revolution on a human scale. *Yale Law Journal*, v. 108, 1999; _____. Transformative appointments. *Harvard Law Review*, n. 101, p. 1164-1184, 1987-1988.

presidente que os indicou. Aliás, há exemplos na história da Suprema Corte dos EUA de ministros que votavam sistematicamente de forma ideologicamente previsível e *contrária* à posição política do presidente que os indicou; em alguns casos, os presidentes responsáveis pela indicação se mostraram publicamente surpresos com os rumos tomados pelo ministro que colocaram na Corte.¹⁴ Assim, por causa das próprias premissas institucionais em que se sustentam, os estudos norte-americanos na linha atitudinal *não* permitem afirmar que há uma ligação necessária entre orientação política presidencial e padrão decisório do ministro indicado pelo respectivo presidente. Nos casos em que ocorre, no âmbito do modelo atitudinal essa convergência é apenas contingente, mesmo que possa ser frequente. Ou seja, ainda que deixemos de lado as intensas críticas a que tem sido submetida, a literatura “atitudinal” *não* sustenta uma ligação necessária entre a preferência presidencial e a política expressa nas decisões de juízes indicados pelo presidente no sistema político dos EUA.

3. Indicações para o STF como influência política preventiva: o modelo dos EUA e seus limites em um cenário de governo de coalizão

Apesar dos limites no tipo de inferência que podemos fazer a partir de um modelo atitudinal, como discutido na seção anterior, mesmo autores que

¹⁴ Por exemplo, Dwight Eisenhower teria famosamente observado que cometera dois grandes erros na sua Presidência e que ambos estariam na Suprema Corte, referindo-se a Earl Warren e William Brennan. Como presidente da Corte entre 1953 e 1969, Warren liderou uma verdadeira revolução jurisprudencial na forma como a Corte encarava direitos civis, mas nada na sua carreira prévia dava sinais claros de que se tornaria um herói dos ativistas de direitos civis nos EUA. No caso de Warren, a surpresa posterior de Eisenhower é compreensível. William Brennan, por outro lado, já tinha publicamente dado mostras de que tinha uma concepção expansiva e liberal quanto ao papel da Suprema Corte na proteção a direitos civis. Como observam Lee Epstein, Jeffrey Segal e Chad Westerland, “[t]he President [Eisenhower] could hardly have believed that Brennan shared his ideology. Virtually all editorials published around the time of Brennan’s nomination identified him as the liberal he was and would remain during his thirty-four-year tenure on the Court”. (EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey; WESTERLAND, Chad. The increasing importance of ideology in the nomination and confirmation of Supreme Court Justices. *Drake Law Review*, v. 56, p. 104, Spring 2008). De forma semelhante, a nomeação de David Souter para a Corte, em 1990, foi recebida por grupos ligados a direitos reprodutivos como uma clara tentativa, por parte do presidente George Bush, de formar uma maioria de ministros para reverter a posição pró-aborto assumida pela Corte no caso *Roe v. Wade*, decidido em 1973 (ver, p. ex., BERKE, Richard. Souter nomination stirs Abortion Rights Groups. *New York Times*, 1^o Aug. 1990). Entretanto, quando a oportunidade de reverter o precedente de *Roe* apareceu (no caso *Planned Parenthood v. Casey*, julgado em 1991), Souter surpreendeu muitos grupos políticos de ambos os lados do debate ao se alinhar aos “liberais” da Corte e preservar em grande parte a proteção ao direito de realizar aborto no país.

não endossam essa perspectiva consideram seguro assumir que, em alguma medida, os atores políticos veem no preenchimento de uma vaga na Suprema Corte norte-americana a chance de reorientar (ou blindar contra mudanças) a jurisprudência constitucional no país.¹⁵ Ainda que não haja uma relação necessária ou completamente simétrica entre a antecipação que o presidente faz das preferências políticas de um potencial indicado para a Corte e a maneira pela qual ele ou ela efetivamente votará se for confirmado, mais de dois séculos de história dos EUA mostram que há alguma correlação entre essas variáveis.¹⁶ A experiência norte-americana ilustra o quanto o mecanismo de nomeação, combinado com a percepção de que preferências políticas influenciam a tomada de decisão no âmbito de tribunais superiores, pode de fato ser usado estrategicamente por atores políticos como o presidente e os senadores no sentido de viabilizar um programa de reformas ao direito constitucional vigente ou, ao contrário, garantir a permanência do *status quo* constitucional do país. Nesse sentido, é possível (embora não necessário, como discutido na seção anterior) que o procedimento de nomeação pelo presidente e aprovação pelo Senado funcione como um mecanismo de *influência política prévia* sobre as decisões futuras do tribunal em questão.

No caso do Brasil, essa afirmativa não deveria ser real motivo de surpresa, se prestarmos atenção na forma pela qual o STF tem sido historicamente desenhado nas constituições brasileiras desde a República Velha. O mecanismo de ação conjunta — indicação do presidente e confirmação pelo Senado — para preenchimento de vagas no âmbito do STF data de 1891 e é em si um eloquente sinal do reconhecimento das peculiaridades dessa instituição.¹⁷ Embora outros juízes e tribunais também possam declarar leis inconstitucionais no

¹⁵ Ver notas 13 e 15, *supra*. Os três autores citados nessas notas não compartilham da tese de que as preferências políticas individuais dos ministros são a principal variável capaz de explicar as decisões que tomam, mas, ainda assim, veem a abertura de vagas na Suprema Corte como uma oportunidade de a coalizão política dominante transformar ou proteger de transformações certas áreas do direito constitucional do país.

¹⁶ Cf., por exemplo, os dados sobre indicação presidencial de juízes federais e decisões judiciais reunidos em SAWICKI, Andres et al. *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006. No mesmo sentido, ver EPSTEIN; SEGAL e WESTERLAND, *op. cit.* Segundo os autores, “[i]f we define “personal beliefs” in strictly ideological terms and if we focus exclusively on Supreme Court Justices [...] personal beliefs affect who the President will nominate and whether the Senate will confirm his choice”, e “when Presidents seek out candidates who share their political values, they are often rewarded with Justices who entrench those values into law — at least in the short term” (p. 102).

¹⁷ A Constituição de 1937, porém, previa indicação pelo presidente e aprovação pelo Conselho Federal (art. 98). Entretanto, essa diferença não altera de forma significativa o padrão básico que descrevemos no texto, já que ainda se trata de um mecanismo de indicação política conjunta.

sistema brasileiro, o fundamental poder de decidir em última instância sobre aplicação da Constituição separa e distingue o STF das outras instituições judiciais no país. Trata-se de um tribunal, mas um tribunal que exerce poder político — e, portanto, deve estar sujeito a algum tipo de controle político. No caso, assim como nos EUA, optou-se por mecanismos eminentemente *preventivos* de controle: cabe aos atores políticos eleitos assumirem a responsabilidade pela decisão de quem ocupará as vagas dessa poderosa instituição. Este modelo foi originalmente desenvolvido na elaboração da Constituição dos EUA de 1787 e, como mostram Epstein e Segal, foi adotado por pessoas que não tinham ilusões quanto ao alcance político do poder que estava sendo conferido aos juízes federais e, mais especificamente, à Suprema Corte.¹⁸

Assim, mesmo se descartada a referência aos estudos “atitudinais”, Prado e Türner podem plausivelmente interpretar as indicações do presidente da República ao Supremo Tribunal Federal como um jogo cuja palavra-chave é maximização — no caso, maximização de influência política sobre as decisões futuras do STF. Essa parece ser a melhor leitura possível do modelo das autoras, que prevê que presidentes procurarão (a) a todo custo aumentar suas chances de indicação de ministros e (b) indicar ministros cada vez mais jovens, maximizando assim sua influência geral sobre decisões futuras do Tribunal. Essa concepção, porém, leva em conta apenas parte do desenho institucional relevante: tanto no Brasil quanto nos EUA, o mecanismo é de indicação conjunta entre presidente e Senado. Estudos contemporâneos dos processos de indicação de juízes para a Suprema Corte dos EUA de fato contêm um elemento de maximização nos termos descritos acima. Essa maximização, porém, está sujeita a significativas restrições político-institucionais.¹⁹ Nos EUA, o Senado pode não apenas rejeitar os nomes indicados pelo presidente, como também adiar a apreciação das indicações quase que indefinidamente.²⁰ Uma vez que se leve em conta que o

¹⁸ EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey. *Advice and consent: the politics of judicial appointments*. Oxford University Press, 2005, p. 7-9.

¹⁹ Epstein, Segal e Westerland afirmam que, embora razões eleitorais tenham um papel significativo em muitas escolhas presidenciais na experiência dos EUA, a indicação de ministros *apenas* para fins eleitorais tende a ser excepcional na política contemporânea: “*Justices appointed mostly or even exclusively for electoral reasons [...] are the exceptions. The rule now is that Presidents name Justices who share their political ideology. If Presidents could put themselves on the bench, they would; however, they cannot, so they find the closest possible surrogate*”. (EPSTEIN, SEGAL e WESTERLAND, op. cit., p. 107) É importante, porém, enfatizar que os próprios autores falam em escolher o ministro mais ideologicamente próximo possível, reconhecendo assim a existência de limites políticos à maximização, por parte do presidente, de convergência entre ideologia dos indicados e sua própria ideologia.

²⁰ No Senado dos EUA, uma minoria de 2/5 dos senadores (atualmente, 41 dos 100 membros do Senado) pode declarar que uma questão (incluindo a nomeação de juízes da Suprema Corte e

Senado é um ator coletivo com preferências políticas próprias e poder de veto, o jogo das indicações fica muito mais complexo. O presidente precisa modular o objeto político da “influência preventiva” sobre decisões da Corte com (a) a chance de seu indicado obter a confirmação pelo Senado e (b) o custo de oportunidade de enviar este ou aquele indicado para uma batalha política pública, ainda que, no fim das contas, o resultado seja a confirmação.

Observa-se que a possibilidade de veto ao nome indicado pelo presidente no caso dos EUA está relacionada com a força da oposição no Senado. Epstein e Segal revelam que, nos períodos nos quais o presidente não contava com maioria no Senado, 59% dos nomes indicados para a Suprema Corte foram aprovados. Este número sobe para 90% quando o presidente teve maioria.²¹ No caso norte-americano, o “jogo” da indicação se estrutura em torno de dois partidos — no século XX, democratas e republicanos — e suas divergências internas. Assim, mesmo em momentos em que conta com a maioria, é razoável supor que o nome escolhido pelo presidente será o de alguém que conte com a aprovação da maioria do seu próprio partido político, o que pode ou não coincidir com a primeira preferência presidencial. Simplificadamente, as interações entre os atores envolvidos podem ser descritas como um processo de ajuste entre as preferências do presidente, as preferências do partido do presidente e as preferências do partido de oposição, em caso de maioria oposicionista no Senado. Por exemplo, estudos sobre a relação Executivo—Legislativo em processos de indicação para vagas em agências reguladoras e tribunais no contexto norte-americano observam que, em muitos casos, a aprovação de um nome é menos o resultado da deferência do Senado em relação ao presidente e mais uma antecipação estratégica deste à possível oposição dos senadores. Consequentemente, escolhe-se de antemão um nome “aceitável” aos demais atores participantes do processo de indicação — uma espécie de nome de compromisso.²² Assim, mesmo indicações em última ins-

dos tribunais federais) ainda não está pronta para ser decidida, adiando indefinidamente o momento da votação. Trata-se da prática conhecida como *filibuster*, prevista no regimento interno do Senado dos EUA. Para uma análise de como esse tipo de prática é empregada estrategicamente por senadores para obter do presidente nomeações judiciais mais próximas de suas preferências políticas, ver EPSTEIN e SEGAL, op. cit, p. 24-26.

²¹ *Ibid.*, p. 107.

²² HAMMOND, Thomas; HILL, Jeffrey. Deference or preference? Explain Senate confirmation of presidential appointments to administrative agencies. *Journal of Theoretical Politics*, v. 5, n. 1, p. 23-59, Jan. 1993 e MORASKY, Bryon; SHIPMAN, Charles R. The politics of Supreme Court nominations: a theory of institutional constraints and choices. *American Journal of Political Sciences*, v. 43, n. 4, p. 1069-1095, 1999.

tância vitoriosas podem ter custos políticos muito altos no cenário maior em que o presidente está inserido.

Se essas restrições ao presidente já podem ser observadas nos EUA, elas são ainda mais visíveis em um cenário de governo presidencial por coalizão, como é o caso do Brasil. Mesmo que seja possível formular um modelo explicativo das indicações para a Suprema Corte dos EUA como estratégias presidenciais de maximização de um fim (influência sobre as decisões da corte) sujeito a restrições políticas, o funcionamento do sistema político no Brasil torna implausível a aplicação direta de modelos similares para explicar as indicações presidenciais para o STF. No caso brasileiro, é possível assumir que, em determinados contextos, a antecipação estratégica do presidente na indicação de um nome para o STF deve levar em conta não apenas as preferências dos partidos de oposição no Senado, mas, principalmente, as preferências dos partidos que formam sua base de apoio. Tal fato torna o cálculo político a ser feito pelo presidente extremamente complexo, não apenas pela quantidade de partidos que participam da coalizão de governo, mas também pelo grau variado de coesão interna que estes partidos podem ter — principalmente levando em consideração as características pouco programáticas de grande parte dos partidos brasileiros.

Uma rápida observação das coalizões dos dois governos Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) e do primeiro governo Lula (2003-2006) exemplifica o elevado número de preferências que podem estar em jogo no processo de indicação. O governo FHC se iniciou contando em sua base governista com o PSDB, o PTB, o PMDB e o PFL. A essa base foi incorporado o PPB, após aproximadamente quatrocentos dias de governo. Durante seu segundo mandato, FHC contou com o apoio formal dos partidos de sua base anterior, mas, ao final, tinha apenas o PSDB, PMDB e PPB. Já o primeiro governo Lula teve inicialmente em sua coalizão os partidos PT, PL, PCdoB, PDT, PPS, PSB, PTB e PV. Após aproximadamente trezentos dias de governo, a base perdeu o apoio do PDT e incorporou o PMDB. Esses três governos são suficientes para ilustrar a heterogeneidade de atores com os quais o presidente precisa lidar no processo decisório (número de partidos e divergências internas a cada partido). Diferentemente 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.²³

²³ É certo que, em alguns momentos da política nos EUA no século XX, um mesmo partido poderia estar dividido em relação a um tópico particularmente controverso, que pode então representar

As considerações anteriores põem em relevo não apenas a complexidade das restrições que podem existir por conta de preferências divergentes entre os atores políticos relevantes, que de alguma forma participam das tomadas de decisões — incluindo indicações de ministros —, como também coloca em questão quais os interesses e preferências a serem maximizados. Nesse sentido, diversos cenários são possíveis. No cenário mais “simples”, os posicionamentos ideológicos e programáticos, assim como os objetivos a serem maximizados entre o presidente, seu partido e os partidos da coalizão são coincidentes — caso no qual pode-se argumentar haver, na prática, apenas um ator em ação. Em um contexto mais complexo, a divergência entre os atores é extremamente elevada, incluindo divergências entre membros de um mesmo partido político — caso no qual os atores com poder de veto seriam inúmeros, possivelmente maiores do que o número de agremiações políticas formais. Entre esses dois extremos, pode haver situações nas quais os atores coincidem ideológica e programaticamente, mas divergem sobre os objetivos a serem maximizados com a indicação.

4. Escolhendo ministros do STF, parte I: fins políticos externos ao funcionamento do tribunal

Como observamos nas seções anteriores, do reconhecimento do caráter político das indicações presidenciais para o STF não se segue que elas representem necessária e/ou exclusivamente um esforço de alinhar decisões judiciais e preferências políticas do presidente. A escolha e a indicação de determinadas pessoas para ocupar a posição de ministro do STF podem estar ligadas a estratégias e objetivos políticos mais amplos do que uma tentativa de influenciar previamente o conteúdo de futuras decisões do tribunal. Isso é especialmente verdadeiro se pensarmos que as indicações para o STF re-

um limite para a capacidade de o presidente contar com apoio irrestrito dentro do seu próprio partido. Um exemplo famoso em meados do século XX é o dos chamados Southern Democrats, membros sulistas do partido Democrata que, embora favoráveis à expansão dos poderes do estado que caracterizava a coalizão do *New Deal*, tinham posturas historicamente conservadoras em relação à igualdade racial. Desse mesmo grupo saíram os Dixiecrats, movimento político de extrema-direita que deixou o Partido Democrata em 1948, por não aceitar as iniciativas do presidente Harry Truman no campo dos direitos civis. Assim, nos anos 1940, a posição do indicado sobre a igualdade racial seria um tema capaz de fazer rachar o apoio à indicação feita por um presidente democrata dentro de seu próprio partido.

presentam tanto recursos quanto riscos em termos da consolidação ou deterioração da coalizão que apoia o presidente no Brasil. Reconhecer isto é abrir espaço na análise para o que chamamos de indicações com *fins políticos externos ao funcionamento do STF*, ligados aos peculiares mecanismos pelos quais o presidente precisa obter apoio na política brasileira.

O fim externo mais evidente é o uso da vaga no STF como moeda de troca para apoio político — o que chamamos aqui de *barganha*. Esse apoio pode se dar de forma pontual, em outras frentes políticas potencialmente mais relevantes para o presidente. Nesse caso, há uma troca mais ou menos explícita entre o uso do poder de nomeação para agradar certos grupos e o apoio desses mesmos grupos a outras iniciativas importantes para o presidente. Por outro lado, o apoio obtido (ou esperado) com a indicação pode ser mais difuso, como ocorre quando o presidente escolhe uma pessoa com o intuito de agradar certos grupos que já integram sua coalizão, sem vinculação a questões, votações ou decisões específicas que estejam na pauta política. Nos termos aqui propostos, para que esteja caracterizada a barganha como fim político relevante em uma dada indicação é necessário que o preenchimento da vaga seja parte de uma troca mais ou menos explícita. É preciso, portanto, que haja um elemento de *bilateralidade*, ainda que não haja um acordo explícito, com termos precisos que possam ser identificados.

Entretanto, muitas vezes se atribui a uma indicação o propósito de agradar diretamente uma parcela do eleitorado, marcando-se posição política sobre determinados temas ou questões com grande importância simbólica na vida do país. Trata-se do fim político que chamamos de *sinalização*: o presidente usa a oportunidade de nomeação para expressar seu comprometimento com um conjunto de valores, causas sociais ou ideias de relevância simbólica para a sociedade. Nesse sentido, tanto no Brasil quanto nos EUA, há relatos de presidentes que conscientemente buscaram indicar membros de grupos percebidos como minorias, sejam étnicas, religiosas, culturais ou de gênero. No Brasil, a indicação para o STF de Ellen Gracie Northfleet, por Fernando Henrique Cardoso, foi publicamente interpretada como uma preocupação explícita em trazer, pela primeira vez na história do país, uma jurista para o tribunal.²⁴ De maneira ainda mais explícita, a indicação de Joaquim Barbosa

²⁴ Na época, esse aspecto da nomeação foi destacado e valorizado não apenas pela mídia (ver, por exemplo, a reportagem “Elas venceram”, capa da revista *Veja* de 8 de novembro de 2000, que interpreta a indicação de Gracie como “símbolo da ascensão feminina no país”), mas também pelos próprios membros da Comissão da Constituição e Justiça do Senado. Durante a sabatina de

foi precedida por um anúncio, da parte do presidente Luiz Inácio “Lula” da Silva, de que procuraria indicar um ministro negro para o STF.²⁵

Como é possível perceber, no caso de indicações que têm a sinalização como fim político, o elemento de bilateralidade não é necessário. A sinalização é feita para a sociedade como um todo; sua audiência é a opinião pública ou uma parcela da opinião pública, e não grupos organizados de atores políticos com poder decisório a ser angariado pelo presidente. Isto não significa dizer que indicações de sinalização não sejam parte de uma estratégia maior voltada para fins políticos, como a maximização de votos ou a mobilização da opinião pública em favor da figura do presidente. O que se quer mostrar é que sinalização e barganha atingem fins que (a) fazem igualmente parte da agenda política do presidente, mas (b) são atingidos por meios diferentes em cada um dos casos.

No caso da sinalização, apela-se diretamente para a opinião pública: a indicação é uma mensagem e expressa uma tomada de posição ou comprometimento com uma determinada questão importante para a opinião pública. Essa questão pode ou não ser polêmica. Por exemplo, a indicação da primeira hispano-americana para a Suprema Corte dos EUA (Sonya Sotomayor, indicada por Barack Obama) foi muito mais polêmica do que a indicação da primeira mulher a integrar o mesmo tribunal (Sandra Day O’Connor, indicada por Ronald Reagan). Ambas as indicações, porém, foram amplamente reportadas pela mídia e por especialistas como esforços de sinalização de que os respectivos presidentes eram sensíveis à presença, à importância e aos desafios

Gracie, vários senadores discursaram sobre a importância desse momento histórico. O senador José Fogaça, por exemplo, deixou registrado em ata: “Congratulo-me, portanto, com o Sr. Presidente da República que, pela primeira vez na história deste País, encaminha a esta Casa o nome de uma mulher para exercer o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal. Já não era sem tempo”. (Ata Circunstanciada da 44ª Reunião da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, da 2ª Sessão Legislativa Extraordinária, da 51ª Legislatura, realizada em 21 de novembro de 2000, p. 3). Em declaração recente, veiculada em reportagem da revista *Piauí*, Fernando Henrique Cardoso afirma que, na época, havia outros candidatos que gostaria de nomear (incluindo o então desembargador e hoje ministro do STF Cezar Peluso), mas “a vez era de uma mulher” (ver a reportagem: CARVALHO, Luiz Maklouf. O Supremo, *quosque tandem? Piauí*, n. 48, set. 2010).

²⁵ Segundo Eduardo Junqueira (2010), autor do verbete “Joaquim Barbosa” no *Dicionário histórico-biográfico brasileiro* do CPDOC/FGV, “O presidente Luís Inácio Lula da Silva anunciou que, em sua primeira nomeação para a corte, indicaria um jurista negro, e Joaquim Barbosa foi o escolhido, com o apoio de entidades que lutavam em defesa dos direitos humanos, em especial contra o preconceito racial”. Sobre a nomeação, a *Folha Online* afirmou: “A escolha inédita no Brasil de um negro para o STF tem caráter simbólico e é uma vitória dos movimentos de defesa de direitos humanos, em especial os que trabalham no combate ao preconceito racial”. (reportagem “Lula escolhe primeiro negro para Ministro no STF”, de 7 de maio de 2003, disponível em: <www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u48785.shtml>)

de hispano-americanos e de mulheres na sociedade dos EUA.²⁶ No caso de barganha, em contraste, as indicações só ganham sentido como parte de uma troca minimamente identificável com grupos politicamente organizados.

Essas considerações não são excludentes com o que chamamos de objetivos internos ao funcionamento do STF. Ao contrário, podem haver situações de convergência, nas quais o nome apresentado consiga cumprir esses dois objetivos. No entanto, o que queremos chamar a atenção aqui é que tal coincidência pode não ocorrer e, nesse caso, barganhas e sinalizações são elementos adicionais — restrições e objetivos a serem maximizados — que podem ser incluídos em uma análise mais abrangente sobre o processo de indicação de ministros para o STF.

5. Escolhendo ministros do STF, parte II: fins políticos internos ao funcionamento do tribunal

É preciso insistir no ponto de que o reconhecimento de fins políticos externos ao funcionamento do STF não deve ser interpretado como a negação ou desvalorização da ocorrência de indicações com fins políticos *internos* ao funcionamento do tribunal. Na verdade, como já observado, esse tipo de finalidade na indicação é o que mais tem ocupado a agenda de trabalhos acadêmicos descritivos sobre o processo de indicação para a Suprema Corte nos EUA. Neste trabalho, definimos uma indicação com fins políticos internos como aquela que se apresenta como um meio para a obtenção de resultados que ocorrem imediatamente na esfera de atuação do tribunal, seja na forma como se dá o seu procedimento decisório, seja no conteúdo final de suas decisões.

O exemplo mais óbvio de fim interno à atuação do STF é a influência esperada sobre *votos* dos ministros em decisões futuras do tribunal. Aqui, o procedimento de preenchimento de vagas como mecanismo de influência política preventiva aparece em grau extremo: as indicações são feitas como instrumento para fazer alinhar (ou manter alinhadas) decisões *futuras* do STF e

²⁶Ver, respectivamente, as reportagens “Senate confirms Sotomayor in largely partisan 68-31 vote”, publicada no *Wall Street Journal* de 7 de agosto de 2009 (com declaração de Obama de que a indicação da primeira mulher hispânica para a Corte representaria a quebra de “yet another barrier and moving us yet another step closer to a more perfect union”); e “Reagan nominating woman, an Arizona appeals judge, to serve on Supreme Court”, publicada no *New York Times* de 7 de julho de 1981 (observando que “with the selection, Mr. Reagan fulfilled a campaign promise last year to pick a woman for the Court at one of his earliest opportunities.”)

os planos, projetos e preferências políticas do presidente ou de sua coalizão. A pessoa indicada é relevante apenas de forma mediata; no limite, o que importa é o quanto se pode seguramente esperar que o(a) indicado(a) vá votar em determinadas direções uma vez que tenha sido confirmado como ministro.

Contudo, é preciso ter em mente que olhar para os resultados de processos judiciais no âmbito do STF é insuficiente para se determinar a ocorrência de comportamento político desse tipo. Isso pode ocorrer por dois motivos, basicamente. O primeiro se relaciona com a própria dinâmica decisória interna ao tribunal mencionada antes e, conseqüentemente, com as restrições sob as quais os próprios ministros estão sujeitos como atores em um jogo (a) em que suas decisões provocarão reações dos outros poderes e (b) são tomadas em um ambiente colegiado. Nesse caso, uma decisão tomada por um juiz em um determinado caso não reflete, de imediato, sua preferência e, nesse sentido, a indicação não garante, por si só, o alinhamento desejado.²⁷

O segundo é que uma coincidência entre preferências do presidente e o voto não expressa necessariamente um alinhamento substantivo entre um ministro e o presidente que o indicou. No que se refere a este aspecto, qualquer tentativa de diagnóstico das cortes superiores como *policy makers* precisa diferenciar (a) o fato de que decisões judiciais podem ter resultados políticos, de um lado, e (b) a possibilidade de que considerações ou preferências políticas estejam determinando em maior ou menor extensão a tomada dessas decisões, de outro. Em outras palavras, é preciso distinguir *efeito político* (que toda decisão judicial pode ter, mesmo que tenha sido tomada por critérios exclusivamente técnicos) de *motivação política* (que, por sua vez, pode estar presente inclusive em decisões de impacto político muito pequeno ou desprezível).

A observação da primeira categoria (*efeito político*) é importante, mas insuficiente para compreender as relações entre o funcionamento do STF e a política presidencial. Sem atentar para as razões pelas quais a decisão foi tomada, não parece ser possível identificar os eventuais mecanismos pelos quais a indicação presidencial, como fator extrajurídico, poderia se tornar constitutiva do direito no processo decisório judicial. Basta pensar, por exemplo, que um determinado ministro pode ter um histórico de resultados de

²⁷ Para uma discussão sobre “modelos estratégicos” de comportamento judicial, nos quais as decisões não refletem diretamente as preferências dos juizes, mas sim a combinação dessas preferências com considerações sobre como outros atores relevantes reagiriam a uma dada decisão, ver EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *Toward a strategic revolution in judicial politics: a look back, a look ahead. Political Research Quarterly*, v. 53, n. 3, p. 625-661, 2000.

votação favoráveis a uma determinada coalizão política por endossar uma concepção de jurisdição constitucional segundo a qual o STF deve ser deferente aos juízos morais e políticos formulados pelos poderes eleitos, salvo em casos flagrantemente violadores da Constituição. Esse padrão decisório pode ocorrer ainda que o ministro em questão tenha posições políticas muito diferentes das da coalizão governante.²⁸ Nesse sentido, já se observou que, nos EUA, um mesmo ministro pode tomar decisões que implementam ora *policies* conservadoras, ora *policies* progressistas, sem que isso necessariamente implique incoerência ou comportamento idiossincrático. Oliver Wendell Holmes, por exemplo, era um darwinista social convicto, mas votou pela manutenção de diversas leis de regulação da economia e proteção ao trabalhador no início do século XX nos EUA. Esse padrão não pode ser adequadamente compreendido sem que se leve em conta que a concepção de atuação judicial de Holmes era estruturada por um compromisso de deferência às decisões majoritárias — que, na época de Holmes, tomavam um rumo marcadamente diferente das suas convicções políticas pessoais.²⁹ A distinção entre o que é *deferência*, fundamentada em uma teoria normativa sobre o papel do STF, e o que é *concordância política com o projeto presidencial* não pode ser adequadamente enfrentada sem que se vá além da observação do resultado da decisão e se leve em conta o processo e as razões pelas quais ela foi tomada.³⁰

Assim, quando distinguimos as indicações orientadas à influência sobre votos futuros em termos das razões que produzem esse alinhamento, precisamos distinguir entre: (a) convergência *direta*, em que o ministro atinge o resultado desejado pelo presidente por concordar no mérito com a *policy* em exame; e (b) convergência *indireta*, em que o ministro propõe um resultado judicial que é favorável ao presidente por questões que não estão ligadas ao mérito da política sendo discutida. É o que ocorre, por exemplo, com ministros que, por terem uma concepção restritiva da extensão dos poderes do STF em relação aos outros poderes, podem terminar por conferir validade constitucional a *policies* com as quais não necessariamente concordam.

Além disso, ainda que se atente para os problemas metodológicos discutidos acima e se consiga observar na prática uma correlação entre indicação

²⁸ Ver nota 7, *supra*.

²⁹ Ver GILMAN, Howard. The court as an idea, not a building (or a game): interpretive institutionalism and the analysis of Supreme Court decision-making. In: CLAYTON, Cornell W.; GILMAN, Howard (Org.). *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 1999. p. 78.

³⁰ Ver, a esse respeito, RIBEIRO; ARGUELHES E PEIXOTO, op. cit.

presidencial e conteúdo das decisões do STF, pode ser que estejamos diante de um alinhamento político, por parte dos ministros, com *questões pontuais* relevantes para o governo. Um ministro alinhado dessa forma tem, sobre temas específicos, posições que estão em larga medida alinhadas com as posições que o presidente que o indicou tem sobre esses mesmos temas pontuais — sem necessariamente estar de antemão comprometido com o programa político maior a que o presidente e/ou sua coalizão estão vinculados. Esse tipo de alinhamento político “local” entre orientação judicial e política presidencial é significativamente mais fácil de ocorrer do que um alinhamento abrangente, já que o conjunto de potenciais candidatos que preenchem esse requisito será por definição maior.

Ou seja, não basta reconhecer que as decisões do Supremo têm *impacto político* — isto é, que vão beneficiar alguns atores políticos em detrimento de outros — para inferir daí que a instituição *decide politicamente* e, mais especificamente, que essa indicação presidencial explica esse comportamento político. A pergunta que devemos fazer à realidade brasileira seria, então, a seguinte: entre os fatores *extrajurídicos* que podem eventualmente explicar como o Supremo Tribunal Federal toma decisões, podemos incluir a indicação presidencial? Prado e Turner assumem que a resposta a essa pergunta seria afirmativa, embora seu trabalho não seja em si uma tentativa direta de respondê-la. Gostaríamos de sugerir aqui que, no Brasil de hoje, essa pergunta continua em aberto.³¹

Por outro lado, é certo que, apesar de a decisão de um determinado juiz não refletir necessariamente o comportamento esperado pelo presidente que o indicou, as dificuldades expostas para influência presidencial, via indicação, sobre decisões futuras do STF podem de alguma forma ser antecipadas pelos atores responsáveis pelas indicações e incorporadas nas estratégias de escolha. Contudo, ainda que isso ocorra, maximizar os fins desejados do ponto de vista do presidente é geralmente uma ação mais complexa do que simplesmente encontrar um juiz com um determinado posicionamento ideológico ou

³¹ Já existem, porém, importantes e pioneiros estudos mapeando de forma sistemática a possível influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento dos ministros do STF. Em pesquisa de pós-doutorado concluída em 2010, Fabiana Luci de Oliveira analisa os votos de todos os ministros do STF entre 1988 e 2006 e constata que “há formação de blocos coesos no tribunal e que a nomeação presidencial exerce influência no grau de coesão da corte”. Em especial, os ministros indicados durante o regime militar e os ministros indicados pelo presidente Fernando Henrique Cardoso apresentam elevado grau de coesão “*O Supremo Tribunal Federal entre os Governos FHC e Lula: processo decisório e redes de votação*, 2010. Pesquisa de Pós-Doutorado em Ciência Política junto à Universidade de São Paulo, a ser publicada). Ver OLIVEIRA, op. cit.

programático. É preciso levar em conta também diferentes perfis de juízes e como eles vão se encaixar e interagir com a composição que o STF tem no momento em que a indicação está sendo feita. Nesse sentido, alguns estudos mostram que as escolhas de nomes a vagas na Suprema Corte norte-americana se relacionam com a “posição” da vaga a ser preenchida, se à direita ou à esquerda do ponto mediano de preferências do tribunal, ou se diz respeito a um juiz que pode exercer ação *pivotal* na Corte. Tais escolhas têm impacto significativo nas tendências das decisões judiciais subsequentes, mais ou menos favoráveis ao programa presidencial.³²

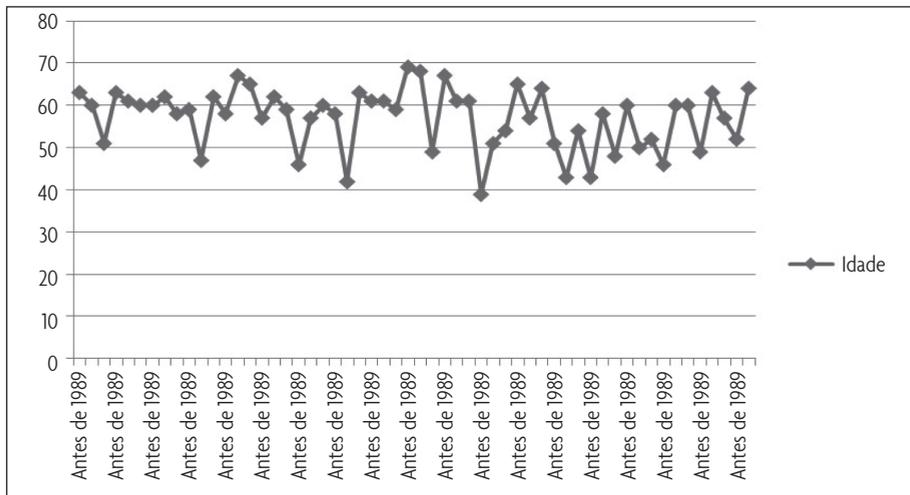
De fato, a configuração da Corte em termos ideológicos no momento em que uma vaga se abre é um importante determinante da própria utilidade que a indicação terá para o presidente como forma de influência política preventiva. Em uma Corte dividida, com uma maioria frágil mantendo determinada linha jurisprudencial, a saída de um liberal para a entrada de um conservador pode alterar drasticamente o direito constitucional do país; por outro lado, em uma Corte dominada por uma maioria sólida com preferências muito diferentes das do presidente, a indicação de um ministro alinhado ao projeto político presidencial terá um impacto muito reduzido e, portanto, será menos útil. Em um cenário desse tipo, o presidente pode optar pela indicação de alguém que, embora não correspondendo perfeitamente às suas preferências, demonstre grande capacidade de negociação, persuasão e liderança, no intuito de pelo menos mover um pouco as decisões do tribunais em direções mais compatíveis com a sua posição política ideal sobre aqueles temas.

As considerações feitas até aqui nos permitem lançar um novo olhar sobre os dados utilizados por Prado e Turner. Na verdade, esses dados podem ser analisados de forma a sustentar nossos argumentos quanto à multiplicidade de fins políticos envolvidos na indicação presidencial de ministros do Supremo Tribunal Federal. Diferentemente das autoras, não estamos convencidos de que a idade do indicado tenha diminuído sensivelmente no decorrer do tempo. Prado e Turner concluem que a estratégia de indicação de juízes cada vez mais jovens parece ser usada por presidentes brasileiros ao comparar a média de idade de nomeação entre o intervalo de 1960 e 1988, correspondente a 59 anos, com a média entre 1989 e 2008, de 55 anos. A diferença de quatro anos encontrada pelas autoras é o resultado de uma agregação dos dados em

³² KREHBIEL, Keith. Supreme Court appointments as move-the-median game. *American Journal of Political Science*, v. 51, n. 2, p. 231-240, 2007.

dois grandes períodos, antes e depois da redemocratização, mas diferentes agregações, internas ao período militar e de diferentes governos democráticos, podem resultar em conclusões diferentes. Por exemplo, a média dos juizes indicados por Fernando Henrique Cardoso é de 52 anos, menor do que a média de 58 anos dos juizes indicados por Lula — como usamos os dados de Prado e Turner, não consideramos a idade de José Dias Toffoli. Considerando Toffoli, a média dos indicados por Lula é de 56 anos. Mas, além disso, os dados chamam atenção para o fato de que as idades dos indicados oscilam ao longo de toda a série — inclusive com vários indicados em torno de 40 anos de idade antes de 1989, o que parece mostrar, justamente, que uma única maximização não faz parte dos cálculos políticos do presidente (Figura).

Figura



Se o único fim político em jogo após a transição para a democracia fosse maximizar o alinhamento entre decisões do STF e preferências políticas presidenciais, como supõe o modelo de Prado e Turner, o comportamento da curva de idade dos indicados seria decrescente.

6. Conclusão

O trabalho de Prado e Turner constitui uma importante contribuição para o debate sobre a interface entre política e direito — e as consequentes intera-

ções entre os diversos poderes — ao analisar de forma descritiva e realista o possível uso político das indicações para o STF e para as agências reguladoras por parte do presidente da República. O sistema de indicação presidencial para vagas no STF, seguido de arguição pública na Comissão de Constituição e Justiça no Senado, faz parte de uma configuração institucional inaugurada nos Estados Unidos. Essa matriz institucional foi construída em torno da premissa de que uma Corte superior desempenha papel político e, nesse sentido, sua composição deve ser decidida por atores politicamente responsáveis.

Contudo, a transposição de um modelo específico de tomada de decisão na Suprema Corte norte-americana — o modelo atitudinal, sob o qual as autoras se apoiam para realizar sua análise — não é adequada. As próprias premissas institucionais do modelo atitudinal — em especial a de completa independência dos juízes em relação a qualquer tipo de pressão ou retaliação política — são incompatíveis com a tese de que há qualquer tipo de ligação forte e necessária entre indicação presidencial e tomada de decisão judicial. Além disso, ainda que se entenda que o presidente procura de fato usar a oportunidade de indicar juízes ou ministros para promover certos fins políticos, esse uso político está sujeito a restrições importantes, representadas não apenas pela participação do Senado Federal, mas, em última instância, pela necessidade de se manter a integridade da coalizão política da qual o presidente retirar seu apoio.

Embora seja possível pensar a decisão presidencial de indicar ministros para tribunais superiores como uma estratégia de “maximização de fins políticos sujeita a restrições”, essas restrições podem ser encaradas como oportunidades de promover fins políticos completamente externos ao conteúdo das decisões do tribunal. Neste trabalho, observamos que a indicação presidencial pode visar tanto a fins políticos internos — decisões judiciais alinhadas com o projeto político do presidente — quanto a fins políticos externos — barganhas com atores políticos e sinalizações para a sociedade em geral — ao funcionamento de um tribunal como o STF. Assim, os fins a serem maximizados são múltiplos, e a prioridade relativa atribuída a cada um deles depende da conjuntura política em que a coalizão presidencial se insere naquele momento.

No mesmo sentido, a necessidade de agradar múltiplos atores políticos com poder de veto — sejam eles internos ou externos à coalizão, como no caso de um Senado controlado pela oposição — opera como uma restrição igualmente dependente de fatores contingentes. Essa mesma restrição, porém, pode tornar politicamente atraente, do ponto de vista do presidente, uma indicação com caráter de barganha, transformando-se assim em uma

oportunidade de se angariar apoio político para outros *fronts* e projetos. Desse modo, o que é obstáculo e restrição à promoção de indicações com fins internos ao funcionamento do STF pode ser exatamente o que cria uma oportunidade de se perseguir uma indicação com fins políticos externos ao tribunal.

As considerações vistas não indicam ser impossível pensar em um “modelo”, com um número limitado de variáveis, para explicar o processo de indicação e confirmação de ministros do STF. Elas apenas revelam que o desenho institucional (formado por múltiplos atores que participam do processo decisório) e a diversidade de objetivos a serem maximizados devem ser levados em consideração na análise da indicação. Mostram, também, que a aplicação do “modelo atitudinal” ao processo de indicação de ministros (ou de qualquer outra concepção que assuma uma relação forte e abrangente entre preferências políticas presidenciais e comportamento esperado de membros do STF) só é plausível se certas condições foram garantidas: alinhamento prévio de preferências entre todos os atores internos e externos à coalizão; certeza de que o indicado estará alinhado com as preferências presidenciais em todos os aspectos possivelmente relevantes, bem como de que a sua atuação individual fará diferença no jogo colegiado interno ao Tribunal; e um cenário no qual outros fins políticos como sinalização e barganha sejam irrelevantes. Embora a ocorrência dessas condições seja possível, ela é suficientemente rara para torná-las inadequadas como premissas de um modelo explicativo das indicações presidenciais que vem ocorrendo nas últimas décadas no Brasil.

De maneira mais geral, esperamos contribuir para um aumento no potencial explicativo de estudos que interpretam o resultado do processo de indicação, o que inclui tanto trabalhos de Corte mais “atitudinal” quanto observações de padrões sociodemográficos na composição de um tribunal como o STF. Quando pensamos nas múltiplas interações estratégicas e conflitos entre fins políticos diversos que pautaram o processo decisório que resultou no preenchimento de cada uma das vagas do STF, percebemos que o resultado observável (a composição do tribunal) não reflete necessária ou exclusivamente nem o projeto político do presidente, nem o seu favorecimento a uma determinada região do país ou grupo político — mas *podem* refletir, de uma forma complexa, uma tentativa de integrar esses variados fins políticos.

Referências

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados — Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.

ACKERMAN, Bruce. Transformative appointments. *Harvard Law Review*, n. 101, p. 1164-1184, 1987-1988.

_____. Revolution on a human scale. *Yale Law Journal*, v. 108, 1999.

BALKIN, Jack; LEVINSON, Sanford. Understanding the constitutional revolution. *Virginia Law Review*, v. 87, n. 1, p. 1045-1104, Oct. 2001.

BERKE, Richard. Souter nomination stirs Abortion Rights Groups. *New York Times*, 1º Aug. 1990.

BRONER, Ethan. *Battle for justice: how the Bork nomination shook America*. 2. ed. New York: Union Square Press, 2007 (originalmente publicado em 1989).

CARVALHO, Luiz Maklouf. O Supremo, *quosque tandem?* *Piauí*, n. 48, set. 2010.

DOWD, Maureen. Conservative black judge, Clarence Thomas, is named to Marshall's court seat". *New York Times*, 2 July 1991.

ELAS venceram. *Veja*, São Paulo, 8 nov. 2000.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Toward a strategic revolution in judicial politics: a look back, a look ahead. *Political Research Quarterly*, v. 53, n. 3, p. 625-661, 2000.

_____; SEGAL, Jeffrey; WESTERLAND, Chad. The increasing importance of ideology in the nomination and confirmation of Supreme Court Justices. *Drake Law Review*, v. 56, p. 101-127, Spring 2008.

_____; _____. *Advice and consent: the politics of judicial appointments*. Oxford University Press, 2005. p. 7-9.

GILMAN, Howard. The court as an idea, not a building (or a game): interpretive institutionalism and the analysis of Supreme Court decision-making. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (Org.). *Supreme Court decision-making: new institutionalist approaches*. Chicago: University of Chicago Press, 1999.

_____. What's law got to do with it? Judicial behavioralists test the "legal model" of judicial decision-making. *Law and Social Inquiry*, n. 26, p. 465-504, 2001.

GREENHOUSE, Linda. Ideology as a Court issue: Democrats pick clear Battlefield on Bork, but political consequences are uncertain. *New York Times*, 3 July 1987.

HAMMOND, Thomas; HILL, Jeffrey. Deference or preference? Explain Senate confirmation of presidential appointments to administrative agencies. *Journal of Theoretical Politics*, v. 5, n. 1, p. 23-59, Jan. 1993.

JUNQUEIRA, Eduardo Joaquim Barbosa. *Dicionário histórico-biográfico brasileiro*. Rio de Janeiro: CPDOC/FGV, 2010.

KREHBIEL, Keith. Supreme Court appointments as move-the-median game. *American Journal of Political Science*, v. 51, n. 2, p. 231-240, 2007.

LULA escolhe primeiro negro para Ministro no STF. *Folha Online*, 7 maio 2003. Disponível em: <www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u48785.shtml>.

MORASKY, Bryon; SHIPMAN, Charles R. The politics of Supreme Court nominations: a theory of institutional constraints and choices. *American Journal of Political Sciences*, v. 43, n. 4, p. 1069-1095, 1999.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Justice, professionalism and politics in the exercise of judicial review by Brazil's Supreme Court. *Brazilian Political Science Review*, v. 2, n. 2, p. 93-116, 2008.

_____. *O Supremo Tribunal Federal entre os Governos FHC e Lula: processo decisório e redes de votação*, 2010. Pós-Doutorado (Ciência Política) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

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.

REAGAN nominating woman, an Arizona appeals judge, to serve on Supreme Court. *New York Times*, 7 jul. 1981.

RIBEIRO, Leandro M.; ARGUELHES, Diego W.; PEIXOTO, Vítor. Processo decisório, Judiciário e políticas públicas: levando a decisão judicial a sério. In: ENCONTRO DA ANPOCS, 33^o, 2009.

SADEK, Maria T. (Org.). *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SAWICKI, Andres et al. *Are judges political? An empirical analysis of the Federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

SEGAL, A.; SPAETH, H. *The Supreme Court and the attitudinal model*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

_____; _____. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SENATE confirms Sotomayor in largely partisan 68-31 vote. *Wall Street Journal*, 7 ago. 2009.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados — Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

_____. *Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

THE SUPREME Court: Bush picks a wild card. *New York Times*, 2 July 1991.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, v. 19, p. 39-85, 2007.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara F.; CARDOSO, Evoorah L.C. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista de Direito FGV São Paulo*, v. 5, n. 1, p. 21-44, 2009.