TEXTO PARA DISCUSSÃO

2654

IDEOLOGIA JUDICIAL E POLÍTICA JUDICIÁRIA: COMO OS MAGISTRADOS DE APELAÇÃO RESPONDERAM À REFORMA DO SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES PENAIS (LEI Nº 12.403/2011)?

Alexandre Samy de Castro

ipea

2654
TEXTO PARA DISCUSSÃO
Rio de Janeiro, abril de 2021

IDEOLOGIA JUDICIAL E POLÍTICA JUDICIÁRIA: COMO OS MAGISTRADOS DE APELAÇÃO RESPONDERAM À REFORMA DO SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES PENAIS (LEI Nº 12.403/2011)?

Alexandre Samy de Castro[1]

1. Substituto eventual do chefe da Assessoria Técnica (Astec) da Presidência do Ipea.

Governo Federal

Ministério da Economia
Ministro Paulo Guedes

ipea **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**

Fundação pública vinculada ao Ministério da Economia, o Ipea fornece suporte técnico e institucional às ações governamentais – possibilitando a formulação de inúmeras políticas públicas e programas de desenvolvimento brasileiros – e disponibiliza, para a sociedade, pesquisas e estudos realizados por seus técnicos.

Presidente
Carlos von Doellinger

Diretor de Desenvolvimento Institucional
Manoel Rodrigues Junior

Diretora de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia
Flávia de Holanda Schmidt

Diretor de Estudos e Políticas Macroeconômicas
José Ronaldo de Castro Souza Júnior

Diretor de Estudos e Políticas Regionais, Urbanas e Ambientais
Nilo Luiz Saccaro Júnior

Diretor de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação e Infraestrutura
André Tortato Rauen

Diretora de Estudos e Políticas Sociais
Lenita Maria Turchi

Diretor de Estudos e Relações Econômicas e Políticas Internacionais
Ivan Tiago Machado Oliveira

Assessor-chefe de Imprensa e Comunicação
André Reis Diniz

Ouvidoria: http://www.ipea.gov.br/ouvidoria
URL: http://www.ipea.gov.br

Texto para Discussão

Publicação seriada que divulga resultados de estudos e pesquisas em desenvolvimento pelo Ipea com o objetivo de fomentar o debate e oferecer subsídios à formulação e avaliação de políticas públicas.

© Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – **ipea** 2021

Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.- Brasília : Rio de Janeiro : Ipea , 1990-

ISSN 1415-4765

1.Brasil. 2.Aspectos Econômicos. 3.Aspectos Sociais. I. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

CDD 330.908

As publicações do Ipea estão disponíveis para *download* gratuito nos formatos PDF (todas) e EPUB (livros e periódicos). Acesse: http://www.ipea.gov.br/portal/publicacoes

As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade dos autores, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada ou do Ministério da Economia.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados nele contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

JEL: K14; K41.

DOI: http://dx.doi.org/10.38116/td2654

SUMÁRIO

SINOPSE

ABSTRACT

1 INTRODUÇÃO 7

2 ANTECEDENTES INSTITUCIONAIS 10

3 REVISÃO DA LITERATURA 14

4 MODELO E HIPÓTESES TESTÁVEIS 18

5 DADOS E RESULTADOS 20

6 CONCLUSÃO 26

REFERÊNCIAS 28

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR 31

SINOPSE

Este artigo explora a diversidade de carreiras no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) para abordar o papel das carreiras jurídicas na resposta das decisões judiciais à reforma do sistema de medidas cautelares penais introduzida pela Lei nº 12.403 de 2011. O diploma restringiu as prisões cautelares, exigindo fundamentação e impondo a aplicação prioritária de medidas cautelares alternativas. Sua intenção era frear as crescentes taxas de encarceramento, tema de grande saliência entre os juristas. A constituição brasileira reserva 80% dos assentos em tribunais de apelação para juízes de carreira, 10% para advogados e 10% para promotores. Na prática, porém, as vagas em painéis juntamente com atrasos aumentaram significativamente a participação de juízes substitutos de segundo grau em painéis de apelação – que atuaram como relatores em até 14% de todos os recursos criminais em São Paulo entre 2009 e 2013. Os ex-advogados e procuradores são nomeados pelo governador do estado após processos de nomeação na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e no Ministério Público (MP). Tais juízes são escolhidos a critério do conselho superior do tribunal, não retêm as prerrogativas dos juízes de recurso efetivos e normalmente são contratados com o objetivo de reduzir atrasos. Seu desempenho afeta suas chances de ser promovidos ao tribunal de apelações, relativamente a juízes semelhantes que não foram designados. Com base em um grande conjunto de dados de recursos criminais relacionados a crimes de roubo no estado de São Paulo, este estudo explora a atribuição exógena de casos a relatores para identificar os impactos da reforma penal contingentes ao tipo de desembargador. Com base em um modelo de escolha discreta que contempla efeitos fixos de órgão julgador e de tempo, analisa-se a probabilidade de decisões favoráveis ao réu em recursos criminais, especialmente nas classes de recurso em sentido estrito, *habeas corpus* e agravos de execução penal. Busca-se aliviar o problema da seleção de casos excluindo da amostra os recursos distribuídos por prevenção ao magistrado. Os resultados indicam que, a despeito da clara intenção do legislador em reduzir as taxas de encarceramento de réus não julgados, relatores que são juízes substitutos em segundo grau ou que têm origem no MP (quinto constitucional) apresentam resposta à reforma das cautelares fortemente contrária aos interesses dos réus. Discute-se o significado dos resultados à luz de elementos relativos às preferências dos juízes (modelo atitudinal) e também a influência política sobre a justiça, em prol de política criminal vigente.

Palavras-chave: decisões judiciais; viés judicial; juízes substitutos em segundo grau; quinto constitucional; Lei nº 12.403/2011; medidas cautelares penais.

ABSTRACT

This paper exploits the diversity of panels at the court of appeals in the state of Sao Paulo to address the role of career backgrounds and ideology in shaping the response of judicial decisions to a major criminal reform, enacted under Law 12,403/2011, which tightens the requirements for remanding of unsentenced prisoners in custody, by establishing priority of a whole range of non-custodial cautionary measures over remanding in custody. The Brazilian constitution reserves 80% of the seats in appellate courts to career judges, 10% to lawyers and 10% to prosecutors. In practice however, vacancies in panels coupled with backlogs have significantly increased participation of judges sitting by designation in appellate panels – who acted as rapporteurs in as much as 14% of all criminal appeals in São Paulo, between 2009-2013. Former lawyers and prosecutors are appointed by the state governor after nomination processes at the bar association and at the ministerial office. Judges sitting by designation are chosen at the discretion of the court's highest council and do not retain prerogatives of tenured appellate judges and are typically hired with the purpose of reducing backlogs. Their performance affects their chances of being promoted to the court of appeals, relatively to similar judges that have not been designated. Based on a large dataset of criminal appeals in the State São Paulo, Brazil, this study exploits the exogenous assignment of cases to rapporteurs, to identify the causal effects of career backgrounds on the response of appellate judges to satutory changes in remand custody. Estimates of treatment-effects, conditional on case characteristics and panel-specific fixed-effects, confirm that career judges and ex-lawyers respond favorably to defendants, in line with the statutory change. Former prosecutors and judges sitting by designation react contrarily the reform, responding unfavorably to defendants.

Keywords: judicial decisionmaking; atitudinal model; judges sitting by designation; judicial appointments; remand custody.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo apresenta uma avaliação do impacto da reforma do sistema de medidas cautelares penais – introduzida pela Lei nº 12.403 – sobre o padrão decisório de magistrados de apelação. A premissa básica é de que a resposta das cortes recursais dependerá do tipo de magistrado relator do recurso. A constituição brasileira reserva 80% dos assentos em tribunais de apelação para juízes de carreira, 10% para advogados e 10% para promotores. Além disso, as vagas em órgãos de apelação, combinadas com acúmulo de processos, aumentaram significativamente a participação de juízes substitutos em segundo grau designados como relatores em cerca de 14% de todos os recursos criminais em São Paulo entre 2009 e 2013.

A Lei nº 12.403 foi uma resposta do legislador às crescentes taxas de encarceramento no Brasil, notadamente face aos abusos das prisões temporárias – em contraste com o modelo vigente em grande parte das nações livres do planeta. Com o novo diploma, o Código de Processo Penal (CPP) passa a contemplar prioritariamente medidas cautelares alternativas a prisão. A despeito das claras intenções do legislador, a reforma não logrou reduzir os índices de encarceramento, conforme apontam diversos estudos (Lopes, 2018; Reis Junior e Oliveira, 2020). A pergunta óbvia então é: por quê? Porque a lei não "colou"? Poderia ter sido por conta de uma resistência dos magistrados de apelação contra as medidas? Para lançar luz a essas perguntas, este artigo busca quantificar a extensão das mudanças no comportamento dos magistrados de apelação após a reforma legal, permitindo que tais respostas variem, a depender das preferências dos magistrados e de possíveis influências políticas, subjacentes a cada tipo de magistrado.

A diversidade de perfis de magistrados e a ocorrência de uma reforma penal de grande alcance em tema controverso (encarceramento), somada à distribuição exógena de recursos entre relatores, propiciam uma oportunidade ímpar para se testar hipóteses acerca do comportamento judicial: o modelo atitudinal (Segal e Spaeth, 2002), efeitos de seleção Priest e Klein (1984), a abordagem integrada (Coggins, 2008) e o fenômeno do *offsetting* (compensação), definido por Freyens e Gong (2017).

O desenho de pesquisa proposto consiste em comparar a proporção de decisões favoráveis aos réus antes e depois da reforma das cautelares penais – e entre tipos de desembargadores. O fato de que a seleção de relatores ocorre por meio de um mecanismo

exógeno garante que características não observáveis dos processos (ou partes) são não correlacionadas com o tratamento, isto é, o tipo de relator sorteado.

Mas por que exatamente os magistrados "especiais" se comportariam de maneira diferente dos desembargadores de carreira? As nomeações do quinto constitucional carregam forte conteúdo de ideologia política. Para garantir uma nomeação, os ex-promotores e advogados devem primeiramente ser selecionados por seus colegas delegados em comitês institucionais poderosos, que definem uma lista de seis candidatos. Em seguida, o Conselho Superior da Magistratura (CSM) seleciona três nomes entre os seis e os apresenta ao governador do estado para uma escolha final. Diversos estudos apontam os riscos desse processo político para a independência judicial: um candidato viável a uma nomeação deve equilibrar os interesses de seu próprio *corpus*, do tribunal e do Poder Executivo.[1] A política criminal é estratégica para o governo do estado, pois a segurança é uma questão fundamental para o eleitor mediano (conservador), que apoia uma postura dura com relação ao crime.[2]

Na medida em que os desembargadores nomeados representam as instituições de origem, espera-se que ex-promotores decidam mais favoravelmente ao *Parquet*, seja por respeito, gratidão ou deferência para com sua própria instituição, em comparação com magistrados de carreira. Sua visão de justiça criminal é mais rigorosa. O Ministério Público (MP) publica periodicamente suas diretrizes estritas (chamadas de teses) para interpretar as mudanças legais ou jurisprudenciais.[3] De forma análoga, espera-se que ex-advogados tendam a adotar postura congruente com as visões institucionais da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e sua agenda política, que busca salvaguardar

1. Vários artigos discutiram o sistema de nomeação e nomeação de juízes estaduais. Verde Sobrinho e Albuquerque (2017) sugerem que o quinto constitucional compromete a independência judicial. Bianeck (2017), por sua vez, argumenta que o sistema nunca cumpriu seus objetivos principais, que é oxigenar e democratizar o poder judiciário; em vez disso, tornou-se um meio de perpetuar o poder das elites políticas e econômicas. O autor fundamenta essa reivindicação em quatro processos de nomeação (dois entre advogados e dois entre promotores), em que foram determinantes as relações familiares com juízes de tribunais superiores ou políticos poderosos. Existem dois outros casos recentes de alto perfil em que filhas de ministros do Supremos Tribunal Federal (STF) foram indicadas para cortes de apelação no Brasil.

2. Os interesses do Poder Executivo nos tribunais vão além da política criminal. O setor público é de longe o maior litigante no Brasil. Os governos estaduais no Brasil possuem passivos e ativos judiciais contingentes significativos (execuções de dívidas), que serão resolvidos em juízo. Os tribunais também lidarão com casos de improbidade administrativa e corrupção envolvendo funcionários do governo e políticos locais poderosos.

3. O MP está muito atento à opinião pública e à sua independência: recentemente, bloqueou um projeto de lei (PL) que limitaria os seus poderes de investigação, em detrimento dos órgãos policiais, com apoio maciço da opinião pública. Tornou-se cada vez mais focado na agenda do Estado de Direito, especialmente depois que muitos escândalos de corrupção em grande escala chegaram aos tribunais. Em 2015, pressionou o Congresso pela aprovação de um pacote de leis mais punitivas, contendo dez proposições. Um site foi criado para essa iniciativa: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/>.

o direito ao devido processo legal,[4] além dos direitos civis, constitucionais e humanos. Ambas as carreiras exibem um forte *esprit* de *corps* no Brasil. O contraste entre essas origens é reconhecido até mesmo entre altos membros das cortes.[5]

Os juízes substitutos em segundo grau não retêm as prerrogativas dos desembargadores de carreira e podem ser removidos de forma discricionária. Seu comportamento, tanto em termos de eficiência (ou seja, capacidade de resolução de casos e redução de atrasos) quanto em termos de concordância com as políticas preferidas do tribunal, pode ser decisivo em termos de suas chances de ganhar um assento permanente no tribunal de apelação.

As principais hipóteses testáveis são: 1) magistrados de carreira responderão favoravelmente aos réus após a reforma das cautelares; 2) magistrados do quinto/MP e juízes substitutos em segundo grau responderão contrariamente aos réus; e 3) magistrados do quinto/OAB responderão favoravelmente aos réus. Os testes de hipótese se baseiam em um modelo de escolha discreta no qual o impacto da reforma de cautelares sobre a probabilidade de decisão pró-réu depende do tipo de relator e de polo ativo do recurso (réu ou MP), além de um conjunto de controles e efeitos fixos de órgão julgador e ano do julgamento.

As principais contribuições deste artigo são: primeiro, com base na literatura de Segal e Spaeth (2002), o artigo logra identificar o efeito de fatores extralegais sobre os padrões de julgamento recursais; em segundo lugar, a partir de uma interpretação mais restritiva dos efeitos de tratamento, o artigo contribui para as literaturas acerca do papel de atributos pessoais sobre as decisões judiciais (Nagel, 1961; Tate, 1981; Wald, 1984; Reinhardt, 1999) e acerca do comportamento de juízes designados.[6] Por fim o artigo

4. Ex-advogados tendem a adotar uma postura pró-réu, com observância mais rigorosa do devido processo legal e do formalismo processual (principalmente em sistemas de direito civil como o brasileiro).

5. Em entrevista recente a um jornal, o presidente da Seção de Painéis Criminais do TJSP afirmou: "O juiz tem total autonomia e independência para julgar seus casos e não há controle sobre suas inclinações. Julga com a lei, os factos e a sua consciência (...). É evidente, no entanto, que a leitura dos fatos e a sua conformidade com a lei dependem também da formação profissional, seja juiz de carreira, procurador ou um advogado". A entrevista pode ser consultada em: <https://www1.folha.uol.com.br/paywall/login.shtml?https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1698478-estudo-indica-que-camara-do-tribunal-de-justica-paulista-mais-nega-recurso.shtml>.

6. Alexander Jr. (1965), Green e Atkins (1977), Solimine (1988), Saphire e Solimine (1994), Brudney e Distlear (2001) e Benesh (2006). Conferir também "The Second Circuit: federal judicial administration in microcosm", disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1120534>.

contribui com evidências robustas em favor do fenômeno de *offsetting*, definido por Freyens e Gong (2017).[7]

A próxima seção apresenta os antecedentes institucionais referentes às regras para a nomeação de magistrados no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). A terceira seção traz as revisões da literatura, enquanto a quarta estabelece o modelo e as hipóteses testáveis e a quinta apresenta os resultados.

2 ANTECEDENTES INSTITUCIONAIS

Três tipos de magistrados coexistem nos tribunais estaduais de apelação no Brasil: juízes de carreira, nomeações do governador do estado (quinto constitucional) e juízes substitutos em segundo grau. Independentemente da carreira do juiz, o art. 95 da Constituição Federal (CF/1988) estabelece amplas garantias e independência para os juízes brasileiros: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

2.1 Magistrados de carreira

Os artigos 93 da CF/1988 estabelecem os princípios básicos e as regras gerais de admissão e promoção dos juízes de carreira, a ser regulamentados pelos estatutos estaduais e federais do Judiciário. Para se tornar juiz de carreira no Brasil, é necessário realizar concurso público, que inclui provas escritas, avaliação da formação acadêmica e profissional anterior e, eventualmente, atividades práticas, como audiências. Antes de adquirir mandato vitalício, o juiz deve cumprir uma avaliação de dois anos ou um período de experiência. No que diz respeito às propostas, o órgão pleno do tribunal de Justiça votará nos nomes das listas de juízes de primeiro grau estabelecidas com base na antiguidade e no mérito, de maneira alternada.

7. Os autores descrevem tais efeitos da seguinte forma: "*If we are able to establish the presence of appointment bias in judicial decisions, as many other studies have done before us in other contexts, then we want to know whether this bias is sensitive to changes in the strictness of the legal standard. For instance, if socially progressive judges are biased in favour of plaintiffs in certain areas of the law we ask whether this bias increases or decreases when conservative governments revise the legal standard upwards so as to lower the chances of plaintiff success in court. If the bias increases, this would hint at the presence of compensating effects, e.g. to perceived biases in statutory reforms*".

2.2 Nomeações do Poder Executivo (quinto constitucional)

Nas cortes de apelação brasileiras, 20% das vagas no Brasil são atribuídas a carreiras não judiciais da seguinte forma: 10% para ex-advogados e 10% para ex-promotores públicos.[8] Listas de seis nomes de nomeados da OAB e do MP são escolhidas separadamente por sufrágio universal entre seus membros e enviadas ao tribunal estadual, que escolhe três nomes entre seis e os envia ao governador para uma escolha final.

2.3 Juízes substitutos em segundo grau

A designação de juízes substitutos em segundo grau foi estabelecida pela primeira vez em São Paulo em 1990, pela Lei Estadual nº 646,[9] que define a discricionariedade de tais julgados. O art. 2º desse diploma dispõe:

> Por designação do Presidente do Tribunal de Justiça, os juízes de Direito Substituto em Segundo Grau substituirão membros dos Tribunais ou neles auxiliarão, quando o acúmulo de feitos evidenciar a necessidade de sua atuação. O artigo 1º estabelece que "São criados na Parte Permanente do Quadro da Justiça 60 (sessenta) cargos de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau, classificados em entrância especial, referência V, para preenchimento ulterior, a critério do Tribunal de Justiça, mediante provimento por concurso de remoção.

Assim, a designação dos juízes titulares é decidida em sessão plenária, mediante concurso de remoção e respeitando assim os seus procedimentos. Antes da sessão, o tribunal publica um edital de convocação abrindo uma posição ocupada e qualquer juiz de direito é um candidato potencial.

Em 2009, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estabeleceu que a designação de juízes substitutos em segundo grau deve seguir critérios objetivos estabelecidos pela legislação local e estar sujeita à Lei Orgânica da Magistratura Nacional. A consequência foi que a seleção dos juízes titulares deve mimetizar os critérios de

8. "Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do MP, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.
Parágrafo único. Recebidas as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo, que, nos vinte dias subsequentes, escolherá um de seus integrantes para nomeação."
9. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/norma/23472>.

promoção de juízes de primeiro grau a tribunais de apelação, que dependem tanto da antiguidade quanto da produtividade, de forma alternada.[10] Juízes substitutos em segundo grau não podem desempenhar funções administrativas.[11] Os órgãos julgadores devem ser compostos em sua maioria por desembargadores,[12] exceto para as câmaras extraordinárias, onde está a maioria dos juízes substitutos em segundo grau. Essas câmaras extraordinárias devem ser presididas por desembargadores, mediante nomeação do presidente do tribunal.[13]

10. Resolução nº 72, de 31/3/2009. "Art. 3º. Os juízes de primeiro grau substitutos de segundo grau, onde houver, deverão estar alocados em quadro ou classe especial da última entrância e nele providos por critérios objetivos previstos na lei local, e serão convocados para substituição ou auxilio em órgão julgador de segundo grau."

11. Resolução nº 72, de 31/3/2009. "Art. 4º. A convocação de juízes de primeiro grau para substituição nos Tribunais poderá ocorrer nos casos de vaga ou afastamento por qualquer motivo de membro do Tribunal, em prazo superior a 30 dias, e somente para o exercício de atividade jurisdicional."

12. Resolução nº 72, de 31/3/2009. "Art. 10. As Câmaras ou Turmas dos Tribunais deverão ser formadas com maioria de desembargadores titulares e por um deles presidida, todos atuando como relator, revisor ou vogal."

13. Resolução nº 106, de 1998, que dispõe sobre a criação, convocação e funcionamento de Câmaras Criminais Extraordinárias. "Art. 1º. São instituídas, com numeração ordinal, três Câmaras Criminais Extraordinárias, para auxiliar, respectivamente, a 1ª, 2ª e 3ª Câmaras.

Art. 2º. Cada Câmara Extraordinária será composta por quatro Juízes Substitutos em Segundo Grau e um Desembargador, que a presidirá, sem prejuízo das funções de sua Câmara.

Parágrafo único - O Desembargador será designado, mediante rodízio, por período de três meses, pelo Presidente do Tribunal, dentre os integrantes das Câmaras Criminais, observado o critério da antiguidade entre os inscritos.

Art. 3º. As Câmaras Extraordinárias receberão todo o acervo de processos que, salvo as revisões criminais, aguardem distribuição, devendo julgar, com absoluta preferência, os de réus presos.

Art. 4º. Os Processos serão distribuídos aos Juízes Substitutos em Segundo Grau, participando sempre da turma julgadora, como vogal, o Desembargador.

§ 1º - Os embargos infringentes serão julgados pelos Juízes do acórdão embargado e pelos outros dois Juízes Substitutos em Segundo Grau integrantes da Câmara.

§ 2º - Quando necessário, será convocado, para completar a turma julgadora, Juiz Substituto em Segundo Grau da Câmara Criminal Extraordinária subsequente.

Art. 5º. Para a preparação dos votos e julgamentos, fixa-se o prazo de quinze meses, prorrogável a critério do Desembargador 2º Vice-Presidente, não computados os de janeiro e julho de 1999, durante os quais não haverá lei sessões das Câmaras Extraordinárias."

Outras normas sugerem que a presidência do tribunal possui poderes altamente discricionários sobre as atribuições dos juízes designados.[14] Além disso, esses juízes estão sujeitos a padrões relativamente elevados no que diz respeito à sua produtividade, com implicações diretas ao nível das suas perspectivas de promoção.[15]

Introduzido em 2006, por meio do Assento Regimental nº 377 – que altera o regimento interno do TJSP –, o CSM adquire poderes discricionários significativos na seleção dos juízes designados.[16]

A Emenda Constitucional (EC) nº 45, de 2004 (conhecida como "reforma do Judiciário"), ordenou a distribuição imediata de todos os processos judiciais já protocolados nas cortes do país. Uma demanda reprimida inundou os gabinetes dos magistrados. Além disso, quase que ao mesmo tempo, uma grande reforma administrativa no TJSP extinguiu um de seus tribunais de apelação, o Tribunal de Alçada Criminal (era um sistema dual), resultando em um grande redirecionamento

14. Resolução nº 542/2011: "Estabelece medidas necessárias ao julgamento de processos anteriores ao ano de 2006, para atendimento das metas prioritárias fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça, em especial a Meta 2, e determina outras providências. O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por seu Órgão Especial, no uso de suas atribuições, CONSIDERANDO o compromisso assumido pelo Poder Judiciário Paulista de julgar todos os processos de conhecimento distribuídos até 31 de dezembro de 2006 e, quanto aos da competência do Tribunal do Júri, até 31 de dezembro de 2007; CONSIDERANDO que, em 22 de fevereiro de 2011, remanescem no acervo do Ipiranga, pendentes de julgamento, 47.782 processos que se enquadram na Meta 2 do CNJ; (...) RESOLVE (...) Art. 8º. Os Presidentes de Seção poderão, mediante indicação ao Presidente do Tribunal, movimentar os Juízes Substitutos lotados nas respectivas Seções, ou de uma para outra Subseção, de modo a equilibrar quantitativamente, entre os integrantes de cada Seção ou Subseção, a redistribuição de processos de que cuida esta Resolução. § 1º. Poderão, também, realizar distribuição diferenciada de um terço a maior do que a normal para todos os Juízes Substitutos que não integrem Câmaras, nos termos do art. 281 do RI, suspensa, para os efeitos desta Resolução, a parte final do art. 178, § 3º, do Regimento Interno, na parte em que menciona distribuição em igualdade de condições. § 2º. Poderão, ainda, independentemente da data de remoção dos Juízes Substitutos, mudá-los de Câmara nas Seções ou entre as Subseções, mediante indicação ao Presidente do Tribunal, desde que não tenham recebido acervo ao chegarem no Tribunal, inclusive para a redistribuição parcial ou total de acervos deixados por Juízes Substitutos já promovidos a Desembargador".

15. Resolução nº 106, de 1998. "(...) Art. 8º, § 3º. Os Juízes Substitutos terão sua produtividade aferida mensalmente pela Corregedoria Geral da Justiça, que deverá ser apreciada pelo Conselho Superior da Magistratura para efeito de promoção, aplicando-se as disposições do art. 5º desta Resolução".

16. "Seção II – Conselho Superior da Magistratura – Art. 216. Compete ao Conselho Superior da Magistratura, além de outras atribuições mencionadas neste Regimento: VI – preparar as listas de indicação para o preenchimento de vagas no Tribunal de Justiça, nos Tribunais de Alçada, no quadro de substitutos de segundo grau e na primeira instância, para nomeação, promoção, remoção e permuta, emitindo parecer ou justificando os vetos, se for o caso, levando em consideração o disposto no art. 43, parágrafo único da Lei Estadual nº 6.142, de 27.6.1961"; "Art. 43. O Juiz ou Promotor de Justiça removido compulsoriamente aguardará, sem exercício, com as vantagens integrais do cargo, a designação, pelo Tribunal ou pelo Conselho Superior do Ministério Público, respectivamente, de nova comarca, vara ou cargo, considerado, para todos os efeitos, em trânsito, vedada toda e qualquer outra atividade proibida aos magistrados ou promotores."

de processos em andamento para um novo tribunal de apelação, unificado. Na prática, essas mudanças institucionais resultaram em grandes atrasos nos processos criminais em segunda instância. Como resposta, o tribunal criou diversas câmaras criminais extraordinárias compostas por juízes substitutos em segundo grau. Um número significativo de decisões proferidas por esses painéis extraordinários foi contestado em tribunais superiores (STF e STJ) por supostamente violarem os princípios do juiz natural e do duplo grau de jurisdição.[17]

3 REVISÃO DA LITERATURA

3.1 Trajetória de carreira e padrões decisórios

Uma extensa literatura analisou o papel dos históricos de carreira em influenciar os padrões de decisão dos juízes, segundo diversas métricas. Reinhardt (1999) e Wald (1984) afirmam que os juízes reconhecem que sua formação e experiências pessoais afetam os resultados de suas decisões. A abordagem que é mais semelhante a este artigo foi oferecida por Nagel (1962), que concluiu que juízes com experiência anterior como promotores têm maior probabilidade de votar contra os réus, em comparação com aqueles sem. Tate (1981), analisando o papel dos atributos pessoais nos padrões de votação dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos entre 1946 e 1978, descobriu que juízes com experiência em promotoria eram menos favoráveis às reivindicações de direitos e liberdades civis e também menos favoráveis aos hipossuficientes (normalmente réus) em ações relacionadas a questões econômicas. Dez anos depois, Tate e Handberg (1991) revisaram a questão a partir de uma janela temporal mais ampla (1916-1988), para confirmar que ex-promotores eram menos propensos a votar de forma liberal (ou seja, favoravelmente a ações de liberdades civis), embora a magnitude do efeito pareça ser menor do que anteriormente. Eisenberg e Johnson (1991) descobriram que a experiência do promotor está positivamente relacionada a uma resposta favorável às ações de proteção racial igual. Steffensmeier e Hebert (1999) apresentaram evidências de que, nos Estados Unidos, os juízes iniciaram suas carreiras porque os promotores tendem a punir os réus com mais severidade. Também nos Estados Unidos, Sisk, Heise e Morris (1998) apresentaram evidências de que juízes com histórico de defesa criminal eram muito mais propensos a se opor às diretrizes de sentenças estabelecidas

17. Ver processo principal *habeas corpus* (HC) nº 96.821/SP, no STF. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur179858/false>.

em 1988. Eles também descobriram que juízes com experiência como promotor eram mais propensos a favorecer as diretrizes. Nesse caso, entretanto, os efeitos não foram tão robustos quanto no caso de juízes que eram ex-advogados de defesa. Uma série de outros estudos não conseguiu estabelecer relações significativas entre a experiência anterior e os padrões de julgamento. Howard (1981) descobriu que, entre os juízes de circuito, as questões de direitos civis eram as únicas entre várias classes de casos em que a experiência judicial era um fator significativo. Gryski, Main e Dixon (1986) estabeleceram que a experiência anterior não era importante para explicar o comportamento do tribunal superior em casos de discriminação sexual. Ashenfelter, Eisenberg e Schwab (1995) descobriram que as características individuais dos juízes, incluindo o cargo de juiz anterior, não eram significativas para explicar as decisões dos juízes dos tribunais distritais. Mais recentemente, Robinson (2011) não conseguiu estabelecer uma relação significativa entre a experiência junto ao MP e a propensão a decisões antirréu em processos criminais nos tribunais de apelação norte-americanos. Com base em seus achados, o autor conclui que a evidência mista de estudos anteriores é atribuível às deficiências nos dados e nos modelos empíricos: erros de medida (*proxies* inadequadas para ideologia) e viés de variável omitida – devido a características de caso não observáveis.

Há muito poucos estudos na literatura brasileira sobre experiência judicial e tomada de decisão judicial. Wowk (2009) analisa os padrões de decisão em revisões criminais, com base no perfil dos juízes, incluindo gênero, raça e formação acadêmica, além das características de litigantes e advogados. Com base em uma pequena amostra de casos, o autor examina a correlação entre sentença e tipo de acesso do relator aos tribunais (nomeação *versus* carreira), mas não encontra relação estatisticamente significativa.[18] Outro estudo semelhante no Brasil, de Paladino (2007), analisa a relação entre a formação profissional e a orientação jurídica, a partir de levantamento realizado com desembargadores no estado do Paraná. Sem distinguir ex-procuradores de ex-advogados, o estudo conclui que, ao deliberar um caso, os juízes selecionados a partir do quinto constitucional são mais relutantes do que os juízes de carreira em desconsiderar o paradigma jurídico em favor de uma interpretação consequencialista das leis, com base no princípio da justiça social. O estudo também encontrou evidências de que esses juízes

18. No entanto, o estudo encontra uma relação forte e significativa entre a sentença e a formação acadêmica. As deficiências do estudo são: 1) amostra pequena, com apenas 81 recursos; 2) o acesso lateral por si só não especifica a que carreira o juiz pertenceu; e 3) a variável de resultado é a sentença, não a reversão da decisão.

são menos afeitos à independência judicial e estão mais inclinados ao formalismo judicial, em comparação com os juízes de carreira.

3.2 Juízes designados (juízes substitutos em segunda instância)

Juízes designados também são nomeados, mas de uma forma altamente discricionária, e por isso esses juízes efetivos devem refletir a agenda política do tribunal.[19]

Uma literatura restrita investigou o comportamento de juízes designados em tribunais dos Estados Unidos. Os estudiosos mostraram que as decisões escritas por juízes designados não são tão sólidas quanto aquelas escritas por juízes de carreira e, portanto, mais prováveis de ser revisadas *en banc* (em plenário) (Alexander Jr., 1965; Solimine, 1988). Além disso, Green e Atkins (1977) e Saphire e Solimine (1994) descobriram que juízes designados discordam com muito menos frequência do que juízes de circuito.[20] Esse comportamento acanhado foi recentemente corroborado por Brudney e Distlear (2001, p. 599) no contexto de recursos envolvendo práticas trabalhistas abusivas: "[*sitting judges*] s*eldom author panel opinions, they even more rarely dissent, and they do not vote in any distinctively pro-union or anti-union fashion*". De forma semelhante, Benesh (2006) constata que juízes efetivos redigem poucas opiniões majoritárias em comparação com juízes de apelação e são avessos a apresentar opiniões divergentes ou concordantes. Mais recentemente, Peppers, Vigilante e Zorn (2012) e Budziak (2015) oferecem evidências empíricas de que a escolha dos juízes por designação é motivada principalmente pela compatibilidade ideológica entre o juiz principal e o candidato. Além disso, a designação serve ao propósito de impulsionar a agenda de política jurídica dos líderes do tribunal. Finalmente, Lemley e Miller (2014) examinam como as decisões sobre a construção de reivindicações de patentes por juízes distritais são tratadas no circuito federal dos Estados Unidos. Eles descobriram que os juízes distritais têm muito menos probabilidade de ser revertidos depois de terem atuado por designação. Os autores argumentam que os resultados se explicam mais por conexões pessoais que os juízes estabelecem com o tribunal de apelação do que pela experiência do juiz em casos de patentes.

19. Pode-se conceber esses juízes titulares como destituídos de ideologia e imbuídos em objetivos de carreira, o que deve forçá-los a julgar de acordo com as visões predominantes no tribunal de apelação.
20. Esse padrão pode ser atribuído ao papel decisivo da antiguidade, *status* e hierarquia na tomada de decisão colegiada. Esse ponto é levantado por Ulmer (1971), Walker (1970) e Green e Atkins (1977), e corroborado nas entrevistas de Cohen (2002).

3.3 Contribuição para a literatura

Este artigo aborda exatamente a mesma questão que Robinson (2011), a saber, o impacto de experiência no MP na tomada de decisões judiciais, mas estendendo a análise também a experiência na advocacia de defesa. Os processos únicos de nomeação dos juízes "especiais" tornam o histórico de carreira um *proxy* particularmente forte para a ideologia: candidatos potenciais e viáveis à bancada são representantes da agenda política de suas corporações. Além disso, a nomeação para governador requer compromissos políticos e patronagem. Como resultado, o comportamento dos juízes nomeados deve transmitir não apenas um forte componente ideológico, mas também as agendas políticas do tribunal e do Poder Executivo.

Com relação ao comportamento dos juízes substitutos em segundo grau, o presente artigo revisita muitas das questões anteriores na literatura empírica, em particular se os juízes efetivos são de fato "acanhados".

Por último, mas não menos importante, a análise empírica atual é um teste para a abordagem integrada na tomada de decisão judicial (Coggins, 2008), que concilia o modelo atitudinal e a seleção de disputas ou litígios (seleção de casos): *"Judicial ideology should matter least when litigants are successful in their case sorting and more when litigants do a poor job sorting. Therefore, the primary hypothesis is: The influence of judicial ideology on court outcomes should be greater when strategic case sorting is less effective*".

A importância dessa análise empírica é que a seleção de casos se torna menos eficaz após a mudança na jurisprudência sem um efeito vinculante. Além disso, ao restringir a estimativa a uma amostra de recursos distribuídos por sorteio apenas, a seleção de casos torna-se ainda menos eficaz.

A experiência de carreira não é a única fonte de variação para explicar os padrões de decisão dos juízes de apelação. Fatores institucionais também podem desempenhar determinado papel (Gillman, 1999; Smith, 2008).

4 MODELO E HIPÓTESES TESTÁVEIS

Um modelo de escolha discreta do tipo *probit* será utilizado para explicar o resultado do julgamento dos recursos criminais, como uma função do tipo do relator (juiz de carreira, ex-advogado, ex-procurador ou juiz titular) e de covariáveis que caracterizam o órgão julgador, o ano de julgamento, o tipo de crime e outras caraterísticas do processo, especialmente se o autor do recurso é o réu ou o MP. A variável dependente latente é a probabilidade de que o resultado do julgamento do recurso seja favorável ao réu.[21] O modelo pode ser assim escrito:

$$P(y = \text{pro-reu}|x_1,x_2,x_3;x) = F(b_1x_1 + b_2x_1 + b_3x_3 + b_{12}x_1x_2 + b_{13}x_1x_3 + b_{23}x_2x_3 + b_{123}x_1x_2x_3 + xb) = F(xb) \quad (1)$$

Onde y é uma variável binária, igual a um quando o resultado da decisão é pró-réu; igual a 1 se a decisão for pró-réu ou parcialmente pró-réu;[22] e igual a zero em caso contrário; x^1 é uma variável *dummy* igual a 1 se a data do julgamento for posterior ao início da vigência da Lei nº 12.403; x^2 é uma variável categórica, que distingue se o relator é oriundo da carreira, se é um juiz substituto em segundo grau, se é do quinto/OAB ou se é quinto/MP; x^3 é uma variável *dummy* igual a 1 se o polo ativo do recurso for o réu e zero se for o MP; e x é um vetor de covariáveis que descrevem as características do recurso e do tribunal.

As interações das variáveis categóricas, x^1, x^2 e x^3 permitem estimar o efeito da reforma das cautelares (Lei nº 12.403) sobre o resultado do julgamento dos recursos, dependendo do tipo do relator (ideologia) e da autoria do recurso.

O fato de os recursos serem atribuídos de forma exógena é crucial para a estratégia de identificação, pois elimina a possibilidade de causalidade reversa ou viés de variável omitida, o que invalidaria a inferência e o teste dos parâmetros de interesse. Por exemplo, se a distribuição não fosse aleatória, então as partes escolheriam painéis ou relatores de acordo com seus interesses: os réus recorrentes escolheriam juízes

21. O conjunto de dados não contém informações sobre o voto individual de cada magistrado. Ele contém apenas o resultado final do julgamento (acordão ou decisão monocrática). Ainda assim, mais de 99,5% das decisões do painel são unânimes.
22. A maioria dos resultados permanece inalterada se um modelo *logit* ordenado for adotado, em vez de um modelo *logit* com uma variável dependente binária.

pró-réu e os autores recorrentes, pró-autor. Como resultado, os parâmetros seriam superestimados em magnitude.

O arcabouço empírico pressupõe que na decisão colegiada prevalece a opinião do relator. Como mostram as estatísticas descritivas, 98% dos casos são decididos por unanimidade, sugerindo ampla ausência de dissenso. Estudos empíricos quantitativos e qualitativos no Brasil corroboram a premissa de que o relator prevalece, mas apenas no âmbito do STF. Oliveira (2012) mostra que em 98% das decisões não unânimes nas declarações de inconstitucionalidade prevalece o voto do relator. Em entrevistas com ministros do STF, Silva (2015) constatou que apenas quando o assunto é altamente polêmico e sensível para a opinião pública o voto do relator é tratado como o voto de qualquer outro membro do colegiado. Do contrário, em casos discretos e repetitivos, o voto do relator prevalecerá. Essas conclusões podem ser aplicadas aos tribunais de apelação estaduais também, uma vez que a carga de trabalho desses tribunais é composta predominantemente de casos repetitivos (particularmente em casos criminais) não considerados de grande relevo ou impacto midiático. Além disso, interesses de carreira e considerações de eficiência – ambos inexistentes no STF – deveriam *ceteris paribus* fortalecer ainda mais o papel do relator.

Outra preocupação é que os advogados e promotores selecionados pelo governador do estado de fato não são selecionados aleatoriamente em suas respectivas populações e, portanto, não seriam necessariamente representativos de sua "classe". Acontece, entretanto, que o conjunto de escolha do governador é uma lista de seis nomes escolhidos por sufrágio restrito, ou seja, em conselhos de delegados, tanto na OAB quanto no MP.[23] Portanto, o processo de seleção sugere que essas instituições escolhem cuidadosamente "representantes", que terão um mandato e serão responsáveis perante seus constituintes, assim que forem nomeados desembargadores. Dito de outra forma, espera-se que sejam guiados por um significativo *esprit de corps*. Além disso, evidência anedótica sugere que os candidatos viáveis a vagas do quinto constitucional passam por intensa campanha junto a líderes de todos os ramos do poder local: Judiciário, Executivo e Legislativo.

23. Na OAB, nos conselhos seccionais, e no MP, no Conselho Superior. São conselhos representativos de todo o estado. O sistema de votação exige que cada membro do conselho dê seis votos entre os candidatos da lista.

O histórico de carreira como um *proxy* para a ideologia dos magistrados é questionável no sentido de que os juízes de carreira podem também ter atuado anteriormente como advogados ou mesmo promotores. Enquanto a última é uma trajetória de carreira bastante incomum, a primeira é quase uma norma universal: a maioria dos juízes brasileiros já atuou como procurador simplesmente porque as regras de seleção exigem experiência em contencioso, que por sua vez exige a afiliação à OAB. No entanto, essa característica não compromete nossos resultados, pois a grande maioria dos desembargadores promovidos a partir da carreira serviu em tribunais de primeira instância por pelo menos duas décadas[24] e, mais importante, não foram selecionados por meio do mecanismo do quinto constitucional. São, portanto, tipos de juízes essencialmente diferentes.

5 DADOS E RESULTADOS

O TJSP é um tribunal de grande escala mesmo em um contexto internacional. O tribunal contava, em 2015, com 2.607 juízes e 43.033 funcionários, com uma demanda de 4,76 milhões de casos novos (incluindo 847 mil processos no segundo grau) e mais de 20 milhões de processos em andamento.

5.1 Estatísticas descritivas

Os dados sobre recursos criminais foram fornecidos pelo TJSP[25] e abrangem todos os tipos de crimes. A análise se concentra nas classes de recursos em sentido estrito (RESE), *habeas corpus* (HC) e agravos de execução penal (AgExP) distribuídas entre 2009 e 2013. São classes de recursos cujo cabimento está associado com questões relativas a medidas cautelares e de

24. O ponto principal é que eles são indiscutivelmente diferentes de ex-advogados ou ex-promotores – seja porque optaram por uma carreira judiciária para começar, seja porque foram, digamos, inicialmente selecionados aleatoriamente para a carreira de magistrado – e muitos anos de magistratura acabaram moldando suas opiniões em formas particulares distintas daquelas que passaram boa parte de suas carreiras servindo como promotores ou advogados.

25. O TJSP não forneceu, no entanto, uma classificação completa de seus juízes de apelação de acordo com os históricos de carreira. Os dados foram coletados a partir de listas de antiguidade, recortes de notícias no *site* do tribunal, biografias de juízes encontradas na internet e diários do tribunal, disponíveis em: <https://tjsp.jus.br/Sistemas_DJE>.

prisão.[26] Outras classes de recursos criminais estão menos diretamente relacionadas a medidas cautelares, como embargo de declaração (EmbDec), apelação criminal (ApCrim) e revisão criminal (RevCrim), mas são também apresentados para permitir um contraste de resultados.

A amostra restringe-se a recursos que envolvem o MP, como demandante ou como demandado. O resultado do julgamento é classificado como pró-réu nas seguintes situações: 1) o autor não é o MP e o recurso é provido ou parcialmente provido; e 2) o autor é o MP e o recurso não foi provido ou provido parcialmente, caso contrário a decisão é classificada como pró-autor.[27]

A tabela 1 apresenta estatísticas descritivas básicas. Apenas 23% dos julgamentos preferidos são favoráveis aos réus. Quase 93% dos recursos são interpostos pelos réus. A grande maioria dos recursos – cerca de 90% – pertence às classes de apelação criminal e HC.

TABELA 1
Estatísticas descritivas: recursos criminais distribuídos no TJSP, entre 2009 e 2014

Recursos criminais	Média	Desvio-padrão
Decisão favorável ao réu	0.226	0.363
Réu recorre	0.926	0.261
Monocrática	0.018	0.131
Subprocesso	0.008	0.092
RESE	0.030	0.171
EmbDec	0.007	0.086
ApCrim	0.517	0.500
RevCrim	0.026	0.158
AgExP	0.032	0.177
Mandado de segurança (MS)	0.005	0.068
HC	0.377	0.485

Elaboração do autor com base em dados do TJSP.
Obs.: Tamanho da amostra – 379.137. Excluem-se os recursos distribuídos por prevenção ao magistrado.

26. Segundo o art. 581 do CPP: "Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: (...) V – que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante; (...) VII – que julgar quebrada a fiança ou perdido o seu valor; (...) X – que conceder ou negar a ordem de *habeas corpus*." Segundo o art. 197 da Lei de Execuções Penais, o agravo "Das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo". Embora o foco da Lei nº 12.403/2011 seja em medidas cautelares, o diploma revogou o art. 393 do CPP: "São efeitos da sentença condenatória recorrível: I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança; II – ser o nome do réu lançado no rol dos culpados". Questões reativas à detração penal, que surgiram com a reforma das cautelares, também são passíveis de questionamento a partir de agravo em execução penal (AgExP). Esse agravo pode ser aplicado em caso de presos provisórios conforme o parágrafo único do art. 2º da Lei de Execuções Penais: "Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária".
27. No caso específico de HC, quando o recurso é inadmitido (não conhecido), será classificado como contrário ao réu.

A tabela 2 apresenta estatísticas descritivas condicionadas ao tipo de litigante que interpõe o recurso. A taxa de sucesso do MP é significativamente inferior à dos réus. Os promotores concentram os pedidos em ApCrim e HC, enquanto os réus concentram seus em ApCrim e em AgExP.

TABELA 2
Estatísticas descritivas: recursos criminais distribuídos no TJSP, entre 2009 e 2014, segundo o tipo de autor do recurso

	Réu recorre (*N* = 351.204)		MP recorre (*N* = 27.933)	
	Média	Desvio-padrão	Média	Desvio-padrão
Decisão favorável ao réu	0.199	0.339	0.563	0.472
Monocrática	0.019	0.136	0.001	0.032
Subprocesso	0.008	0.092	0.008	0.090
RESE	0.020	0.140	0.157	0.363
EmbDec	0.007	0.086	0.008	0.090
ApCrim	0.509	0.500	0.621	0.485
RevCrim	0.028	0.164	0.000	0.000
AgExP	0.021	0.145	0.171	0.377
MS	0.003	0.054	0.026	0.158
HC	0.406	0.491	0.001	0.038

Elaboração do autor com base em dados do TJSP.

A tabela 3 a seguir apresenta a proporção de julgamentos favoráveis ao réu, segundo o "tipo" do magistrado, antes e depois da reforma das cautelares. Quando o réu recorre, observam-se aumentos expressivos nos índices de sucesso dos réus, especialmente em RESE (14% para 21%), mas também, em menor intensidade, em HC, embargos de declaração (ED) e AgExP. Quando o MP recorre, observa-se um aumento expressivo na taxa de decisões pró-réu, principalmente em AgExP, que saltam de 64% para 73%, e em MS, que aumentam de 59% para 62%. Sob a ótica dos tipos de relatores, observam-se diferenças importantes: o aumento em RESE ajuizado pelo réu ocorre em todos os tipos, com exceção dos substitutos em segundo grau. Já em HC, a quase totalidade do aumento advém dos magistrados do quinto/OAB.

TABELA 3
Proporção de decisões favoráveis ao réu, antes e depois da reforma das cautelares penais (Lei nº 12.403/2011), segundo classe de recurso e o tipo de relator (TJSP, 2009-2013)

	Carreira		Substituto de segundo grau		Quinto/OAB		Quinto/MP		**Total**	
	Antes	Depois	Antes	Depois	Antes	Depois	Antes	Depois	**Antes**	**Depois**
Réu recorre										
AgExP	0,324 1.936	0,338 2.803	0,238 650	0,25 581	0,357 314	0,433 290	0,297 397	0,296 562	**0,307** **3.297**	**0,327** **4.236**
ApCrim	0,268 34.072	0,278 86.973	0,202 8.266	0,17 14.063	0,3 1.665	0,341 9.762	0,233 4.661	0,247 18.710	**0,255** **48.664**	**0,267** **129.508**
ED	0,156 1.469	0,216 74	0,13 681	0,16 25	0,137 117	0,333 9	0,111 202	0,208 12	**0,144** **2.469**	**0,213** **120**
HC	0,11 38.046	0,128 55.340	0,064 10.056	0,057 7.576	0,147 4.903	0,247 6.403	0,113 7.087	0,108 11.274	**0,106** **60.092**	**0,128** **80.593**
MS	0,33 233	0,327 495	0,383 64	0,473 56	0,379 29	0,202	0,271 48	0,326 89	**0,336** **374**	**0,328** **702**
RESE	0,11 1.504	0,194 3.248	0,155 375	0,136 330	0,081 148	0,23 366	0,109 312	0,177 738	**0,115** **2.339**	**0,19** **4.682**
RevCrim	0,138 1.080	0,149 6.098	0,107 219	0,067 436	0,179 56	0,227 590	0,099 146	0,105 1.121	**0,131** **1.501**	**0,144** **8.245**
MP recorre										
AgExP	0,667 1.532	0,745 1.434	0,506 489	0,567 349	0,732 192	0,908 152	0,632 372	0,757 269	**0,637** **2.585**	**0,73** **2.204**
ApCrim	0,589 3.400	0,588 8.381	0,499 767	0,527 1.271	0,652 178	0,661 993	0,534 366	0,512 1.919	**0,572** **4.711**	**0,576** **12.564**
MS	0,596 208	0,627 272	0,545 56	0,548 31	0,935 31	0,931 29	0,337 43	0,467 46	**0,586** **338**	**0,624** **378**
RESE	0,435 1.137	0,391 1.845	0,24 246	0,281 201	0,59 83	0,502 235	0,302 207	0,354 418	**0,397** **1.673**	**0,387** **2.699**

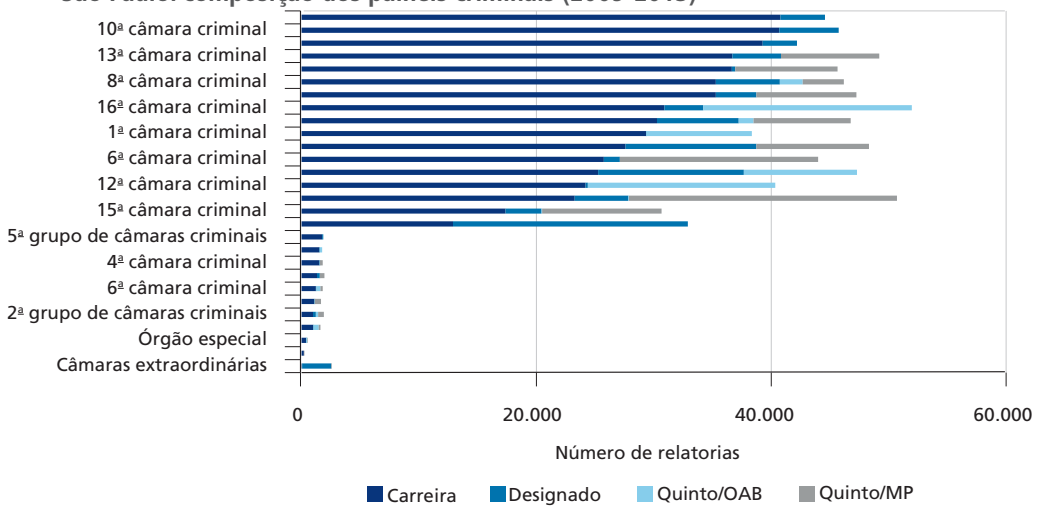
Elaboração do autor com base em dados do TJSP.

As estatísticas descritivas fornecem indicações robustas das disparidades de comportamento entre tipos de relatores. Quando réus recorrem, relatores da carreira apresentam forte aumento em decisões pró-réu em RESE e aumentos pouco expressivos em todas as demais classes. Relatores que são juízes substitutos em segundo grau apresentam reduções de pequena magnitude em boa parte das classes, exceto MS. Os relatores do quinto/OAB apresentam aumentos em quase todas as classes, sendo de grande magnitude em alguns casos – AgExP, HC e RESE. Por fim, os relatores do quinto/MP revelam modestos ganhos em favor do réu após a reforma das cautelares, exceto por RESE, que aumentam de forma muito expressiva. Quando o MP recorre, o padrão é distinto: observa-se um ganho expressivo em AgExP para os réus pós-reforma, para todos os tipos de relator. Já em RESE, a resposta é heterogênea: enquanto os magistrados de carreira e os oriundo do quinto/OAB reduzem a proporção

de decisões pró-réu, os substitutos em segundo grau e os oriundos do quinto/MP a aumentam de forma significativa. A heterogeneidade nas respostas sugere que de fato o tipo de magistrado pode ser importante para determinar a direção e a magnitude do impacto de reformas legais sobre o comportamento judicial. (Para avaliar esse impacto, apresenta-se, na próxima seção, os resultados do modelo estatístico.)

A figura 1 mostra que a composição dos órgãos julgadores, por tipo de juiz de apelação, varia significativamente.[28] Vários painéis residuais contribuem para uma pequena fração de todos os julgamentos – os grupos, a Câmara Especial e os painéis extraordinários.

FIGURA 1
São Paulo: composição dos painéis criminais (2009-2013)



5.2 Resultados

Nesta seção, apresentamos os resultados de um modelo *logit*, com interações de variáveis dependentes que importam para o resultado do julgamento do recurso penal: o tipo do magistrado relator do recurso; qual parte interpôs o recurso (réu ou MP); e a variável do tipo *dummy*, que indica se o julgamento foi anterior ou posterior à vigência da Lei nº 12.403.

28. A composição é medida pela participação dos relatores por tipo de magistrado participante de cada julgamento, no período amostral (2009-2013).

Conforme apontado anteriormente, as classes processuais relevantes do ponto de vista da reforma das cautelares são, principalmente, RESE, AgExP e HC, instrumentos adequados ao questionamento de medidas das quais a nova lei trata.

Nas classe de RESE e HC, justamente aquelas mais impactadas pela Lei nº 12.403 apenas magistrados de carreira e substitutos em segundo grau apresentam respostas significativas: quando o réu recorre, a resposta é positiva e favorável ao réu, sendo de magnitude mais elevada para os magistrados do quinto/OAB. Em RESE, relatores da carreira apresentam 5 pontos percentuais (p.p.) a mais de chances de julgar em favor do réu, enquanto que os oriundos do quinto/OAB têm 12 p.p. a mais de chances. Já em HC, os relatores de carreira são 1,5 p.p. mais propensos a decidir pró-réu, enquanto os oriundos do quinto/OAB são 7 p.p. mais propensos. Contudo, quando o MP interpõe RESE, esses mesmos tipos respondem de maneira negativa (-8 e -15 p.p., respectivamente) e de forma intensa (magnitude elevada). O corolário dessa análise é que, tanto em RESE quanto em HC – as duas principais classes sujeitas aos efeitos da nova lei –, os relatores substitutos em segundo grau e aqueles oriundos do quinto/MP não respondem à reforma das cautelares. A ausência de efeitos para alguns tipos é significativa, visto que os recursos são distribuídos de forma exógena entre turmas e que, portanto, em média, a carga de processos de cada relator deve ser indistinta no tocante às especificidades do caso concreto.

Em AgExP, quando o réu recorre, apenas os juízes substitutos em segundo grau respondem positivamente, elevando em 10 p.p. as chances dos réus. Já quando o MP interpõe AgExP, todas as classes apresentam efeitos estatisticamente significativos e positivos, de magnitudes entre 6 e 14 p.p. De maneira frequente na amostra, os AgExP interpostos pelo *Parquet* tratam de questões relativas aos benefícios da Lei de Execuções Penais (LEP) (progressão, livramento condicional e regime de pena como um todo). Especificamente, o *Parquet* entendia que, devido à supressão do art. 393 do CPP pela Lei nº 12.403, os benefícios da LEP se tornariam incabíveis. Prevaleceu, contudo, o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa.[29] A ausência de efeitos de tipo de magistrado nesse caso exemplifica uma situação em que a lei e a jurisprudência se

29. CF/1988, art. 5º, parágrafo XL: "(...) a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". A jurisprudência também sustenta decisões na direção de flexibilização das penas: Súmula no 716/STF: "Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória".

sobrepõem às preferências dos magistrados, corroborando uma leitura adequada do modelo atitudinal.

TABELA 4
Efeito marginal da reforma das cautelares penais (Lei nº 12.403/2011), segundo o tipo de relator e o tipo do autor do recurso (TJSP, 2009-2013)

	ApCrim	RESE	AgExP	RevCrim	HC	MS
Carreira × réu recorre	0.003 (0.006)	0.052*** (0.017)	0.011 (0.024)	-0.026 (0.024)	0.015*** (0.004)	-0.066 (0.060)
Substituto em segundo grau × réu recorre	-0.013* (0.008)	-0.042 (0.029)	0.101*** (0.032)	-0.097*** (0.031)	-0.001 (0.004)	0.083 (0.110)
Quinto/OAB × réu recorre	-0.036** (0.016)	0.116*** (0.040)	0.005 (0.047)	-0.056 (0.087)	0.072*** (0.008)	-0.199* (0.119)
Quinto/MP × réu recorre	0.009 (0.009)	0.038 (0.027)	0.001 (0.037)	-0.030 (0.038)	-0.001 (0.005)	0.015 (0.088)
Carreira × MP recorre	0.004 (0.011)	-0.076*** (0.028)	0.062*** (0.020)	-0.020 (0.063)		
Substituto em segundo grau × MP recorre	0.038 (0.026)	0.044 (0.047)	0.103*** (0.039)	-0.089 (0.127)		
Quinto/OAB × MP recorre	-0.093*** (0.031)	-0.150** (0.067)	0.108*** (0.035)	-0.025 (0.063)		
Quinto/MP × MP recorre	-0.054* (0.028)	0.014 (0.045)	0.136*** (0.037)	0.111 (0.117)		

Elaboração do autor com base em dados do TJSP.
Obs.: Variável dependente – probabilidade de julgamento favorável ao réu.

6 CONCLUSÃO

Este artigo analisou as possíveis mudanças nos padrões de julgamento de recursos criminais, decorrentes de uma ampla reforma penal, a partir da Lei nº 12.403/2011, que alterou as regras de prisão e outras medidas cautelares no processo penal. A premissa básica da análise é a de que magistrados de tipos distintos (carreira, substitutos em segundo grau, quinto/MP ou quinto/OAB), devem apresentar respostas ou reações distintas diante de uma mudança na lei penal que impacta a severidade das punições para criminosos. Preferências políticas, incentivos de carreira e corporativismo – todos subjacentes aos tipos de magistrado relator – têm o potencial de explicar comportamentos judiciais distintos, principalmente diante de uma reforma penal de largo alcance, como a da Lei nº 12.403.

Com base em um modelo estatístico que contempla as principais classes de recursos criminais, o artigo apresenta evidências de que a resposta – em termos de

padrões decisórios – dos magistrados de apelação não é uniforme, mesmo diante de recursos distribuídos exogenamente e sem prevenção. Diante de um novo paradigma legal, os magistrados revelam comportamentos distintos. Considerando o principal instrumento para o questionamento de medidas cautelares penais – o RESE –, as nuances são evidentes: apenas magistrados de carreira e os oriundos do quinto/OAB aumentaram a proporção de decisões favoráveis ao réu, em 5 e 11 p.p., respectivamente. São efeitos fortíssimos diante de taxas médias de 11%, anteriores à reforma das cautelares. Representam um aumento de cerca de 50% a 100% nas chances de sucesso para o réu. Fenômeno semelhante ocorre no caso de HC, que, a partir de uma taxa de concessão média de 10% anterior à reforma, se elevou de 1,5 e 7 p.p., respectivamente. Destaca-se a forte magnitude dos efeitos para magistrados do quinto/OAB em ambas as classes processuais. Chama atenção também a ausência de efeitos para os magistrados designados e os oriundos do quinto/MP, revelando um comportamento refratário às inovações da lei penal. No caso de AgExP, os resultados sugerem que, diante de um embate jurídico entre o *Parquet* e o legislador, prevaleceu a interpretação da CF/1988 e a jurisprudência em favor dos réus, mitigando por completo efeitos do tipo de julgador.

Considerando os magistrados de carreira como uma espécie de *benchmark*, para os quais as preferências político-ideológicas e os interesses de carreira ou corporativistas são menos decisivos, conclui-se que alguns tipos de magistrado (substitutos em segundo grau e quinto/MP) apresentam um comportamento denominado na literatura como *offsetting* (Freyens e Gong, 2017) no qual, a despeito de mudança na lei penal de teor garantista, em média tais magistrados passaram a julgar menos favoravelmente os réus. Os resultados corroboram as evidências obtidas em artigo com um desenho de pesquisa muito semelhante (Castro, 2020), que analisa a resposta dos magistrados de apelação diante de mudança relevante na jurisprudência de drogas.[30] O estudo sugere evidências de *offsetting* para magistrados do quinto/MP (e em menor intensidade para designados), em contraste com os oriundos do quinto/OAB e da carreira, que respondem favoravelmente aos réus, tanto em ApCrim e AgExP quanto em remédios constitucionais, como o HC e MS.

30. HC nº 97.256/RS, no STF, julgado em 1º de setembro de 2010, declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006: "(...) § 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (Vide Resolução nº 5, de 2012)".

Além de confirmar a importância de fatores extralegais no âmbito das decisões recursais, os resultados confirmam também – no caso dos AgExP – que estatutos e jurisprudência podem prevalecer sobre preferências, conforme assinalado por Gibson (1991): "(...) *judges' decisions are a function of what they prefer to do, tempered by what they think they ought to do, but constrained by what they perceive is feasible to do* (...)".

REFERÊNCIAS

ALEXANDER JR., L. A. En banc hearings in the federal courts of appeals: accommodating institutional responsibilities (part 1). **New York University Law Review**, v. 40, n. 563, p. 595-597, 1965.

ASHENFELTER, O.; EISENBERG, T.; SCHWAB, S. J. Politics and the judiciary: the influence of judicial background on case outcomes. **The Journal of Legal Studies**, v. 24, n. 2, p. 257-281, 1995. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/724612>.

BENESH, S. C. The contribution of extra judges. **Arizona Law Review**, n. 48, p. 301, 2006.

BIANECK, W. C. A porta dos fundos do judiciário: o quinto constitucional e o nepotismo. **Revista Núcleo de Estudos Paranaenses da UFPR**, v. 3, n. 1, p. 112-123, 2017.

BRUDNEY J. J.; DISTLEAR, C. Designated diffidence: district court judges on the courts of appeals papers of general interest. **Law Society Review**, v. 565, n. 35, 2001. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/ faculty scholarship/142>.

BUDZIAK, J. The strategic designation of visiting judges in the US Courts of Appeals. **Justice System Journal**, v. 36, n. 3, p. 233-253, 2015.

CASTRO, A. S. de. **Judicial attitudes under shifting jurisprudence**: evidence from Brazil's new drug law of 2006. Brasília: Ipea, 2020.

COGGINS, K. E. An integrated approach to judicial decision making in the state supreme courts. 2008. Thesis (PhD) – University of Georgia, Georgia, 2008.

COHEN, J. M. Inside appellate courts: the impact of court organization on judicial decision making in the United States Courts of Appeals. Michigan: University of Michigan Press, 2002. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/10.3998/mpub.17111>.

EISENBERG, T.; JOHNSON, S. L. The effects of intent: do we know how legal standards work? **Cornell Law Review**, v. 76, n. 6, Sept. 1991.

FREYENS, B. P.; GONG, X. Judicial decision making under changing legal standards: the case of dismissal arbitration. **Journal of Economic Behavior & Organization**, n. 133, p. 108-126, 2017.

GIBSON, J. L. Decision making in appellate courts. *In*: GATES, J. B.; JOHNSON, C. A. (Eds.). **The American courts**: a critical assessment. Washington: CQ Press, 1991. p. 255-271.

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

GREEN, J. J.; ATKINS, B. M. Designated judges: how well do they perform. **Judicature**, n. 61, p. 358, 1977.

GRYSKI, G. S.; MAIN, E. C.; DIXON, W. J. Models of state high court decision making in sex discrimination cases. **The Journal of Politics**, v. 48, n. 1, p. 143-155, 1986. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2130930>.

HOWARD, J. W. **Courts of appeals in the federal judicial system**: a study of the second, fifth, and District of Columbia circuits. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1981.

LEMLEY, M. A.; MILLER, S. P. If you can't beat 'em, join 'em? How sitting by designation affects judicial behavior. **Stanford Public Law Working Paper**, v. 451, n. 2449349, 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2449349>.

LOPES, A. N. **Prisão preventiva na lei nº 12.403/11**: uma análise acerca do encarceramento provisório à luz da lei das medidas cautelares no processo penal. 2018. Monografia (Trabalho de conclusão de curso de graduação) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018.

NAGEL, S. S. Judicial backgrounds and criminal cases. **University of Chicago Law Review**, v. 53, n. 333, 1962. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol53/iss3/6>.

OLIVEIRA, F. L. de. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 27, n. 80, 2012.

PALADINO, A. S. **Os desembargadores do Tribunal de Justiça do Paraná**: uma análise do perfil social e orientação jurídica nas carreiras de magistrado e do quinto constitucional. 2007. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/12063>.

PEPPERS, T. C.; VIGILANTE, K.; ZORN, C. Random chance or loaded dice: the politics of judicial designation. **University of New Hampshire Law Review**, n. 10, p. 69, 2012.

PRIEST, G. L.; KLEIN, B. The selection of disputes for litigation. **The Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 1, p. 1-55, 1984. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/724341>.

REINHARDT, S. Good judging. **Green Bag**, n. 2, p. 299-441, 1999.

REIS JUNIOR, A. S.; OLIVEIRA, G. M. de. Um olhar sombrio da justiça estadual criminal em Maringá, no Paraná: o uso (in)devido da medida cautelar restritiva da liberdade humana. **Revista Thesis Juris**, v. 9, n. 1 p. 167-184, 2020.

ROBINSON, R. Does prosecutorial experience "balance out" a judge's liberal tendencies? **The Justice System Journal**, v. 32, n. 2, p. 143-168, 2011. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/27977521>.

SAPHIRE, R. B.; SOLIMINE, M. E. Diluting justice on appeal: an examination of the use of district court judges sitting by designation on the United States Courts of Appeals. **University of Michigan Journal of Law Reform**, n. 28, p. 351, 1994.

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

SILVA, V. A. da. Um voto qualquer? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, v. 1, n. 1, p. 180-200, 2015.

SISK, G. C.; HEISE, M.; MORRIS, A. P. Charting the influences on the judicial mind: an empirical study of judicial reasoning. **New York University Law Review**, v. 73, n. 5, 1998.

SMITH, R. **Historical institutionalism and the study of law. Oxford**: The Oxford Handbook of Law and Politics, 2008.

SOLIMINE, M. E. Ideology and *en banc review*. **The North Carolina Law Review**, n. 67, p. 29, 1988.

STEFFENSMEIER, D.; HEBERT, C. Women and men policymakers: does the judge's gender af-fect the sentencing of criminal defendants? **Social Forces**, v. 77, n. 3, p. 1163-1196, 1999. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3005975>.

TATE, C. N. Personal attribute models of the voting behavior of U.S. Supreme Court justices: liberalism in civil liberties and economics decisions, 1946-1978. **The American Political Science Review**, v. 75, n. 2, p. 355-367, 1981. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1961370>.

TATE, C. N.; HANDBERG, R. Time binding and theory building in personal attribute models of Supreme Court voting behavior, 1916-88. **American Journal of Political Science**, v. 35, n. 2, p. 460-480, 1991. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2111371>.

ULMER, S. S. **Courts as small and not small groups**. New York: General Learning Press, 1971.

VERDE SOBRINHO, L. L.; ALBUQUERQUE, N. de M. Quinto constitucional: porta para a democracia ou janela para o fisiologismo no poder judiciário? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 2017, p. 8-21, 2017.

WALD, P. M. Thoughts on decisionmaking. **West Virginia Law Review**, n. 87, p. 1, 1984.

WALKER, T. G. **Judges in concert**: the influence of the group on judicial decision-making. 1970. Thesis (PhD) – University of Kentucky, Kentucky, 1970.

WOWK, R. T. **Como decidem os desembargadores do Tribunal de Justiça do Paraná?** 2009. Monografia (Trabalho de conclusão de curso) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

MACHADO, M. R. *et al*. Penas alternativas para pequenos traficantes: os argumentos do TJSP na engrenagem do superencarceramento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, 2018.

Ipea – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

Assessoria de Imprensa e Comunicação

EDITORIAL

Coordenação
Reginaldo da Silva Domingos

Supervisão
Carlos Henrique Santos Vianna

Revisão
Bruna Oliveira Ranquine da Rocha
Carlos Eduardo Gonçalves de Melo
Elaine Oliveira Couto
Lis Silva Hall
Mariana Silva de Lima
Marlon Magno Abreu de Carvalho
Vivian Barros Volotão Santos
Laysa Martins Barbosa Lima (estagiária)

Editoração
Aline Cristine Torres da Silva Martins
Mayana Mendes de Mattos
Mayara Barros da Mota (estagiária)

Capa
Danielle de Oliveira Ayres
Flaviane Dias de Sant'ana

Projeto Gráfico
Renato Rodrigues Bueno

The manuscripts in languages other than Portuguese published herein have not been proofread.

Livraria Ipea

SBS – Quadra 1 - Bloco J - Ed. BNDES, Térreo.
70076-900 – Brasília – DF
Fone: (61) 2026-5336

Correio eletrônico: livraria@ipea.gov.br

Composto em adobe garamond pro 12/16 (texto)
Frutiger 67 bold condensed (títulos, gráficos e tabelas)
Rio de Janeiro-RJ

Logotipo/slogan de governo removido em observancia ao disposto no art. 40 da Lei n 9.504/1997

Missão do Ipea
Aprimorar as políticas públicas essenciais ao desenvolvimento brasileiro por meio da produção e disseminação de conhecimentos e da assessoria ao Estado nas suas decisões estratégicas.

ipea Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

MINISTÉRIO DA
ECONOMIA

ISSN 1415-4765