

Economic Analysis of Law Review

Ideologia Judicial e Política Judiciária: Como os Magistrados de Apelação Responderam a Reforma do Sistema de Medidas Cautelares Penais (Lei nº 12.403/2011)?

Judicial Ideology: How Appellate Judges Responded to the Reform of Pre-Trial Detention Procedures in Brazil?

Alexandre Samy de Castro¹
Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)

RESUMO

Este artigo explora a diversidade de carreiras no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para abordar o papel das carreiras jurídicas na resposta das decisões judiciais a reforma do sistema de medidas cautelares penais introduzida pela Lei 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 juizes de carreira, 10% para advogados e 10% para promotores. Na prática, porém, as vagas em painéis juntamente com atrasos aumentaram significativamente a participação de juizes substitutos de segundo grau em painéis de apelação - que atuaram como relatores em até 14% de todos os recursos criminais em São Paulo, entre 2009-2013. Os ex-advogados e procuradores são nomeados pelo governador do estado após processos de nomeação na OAB e no MP. Tais juizes são escolhidos a critério do conselho superior do tribunal e não retêm as prerrogativas dos juizes de recurso efetivos e são normalmente contratados com o objetivo de reduzir atrasos. Seu desempenho afeta suas chances de serem promovidos ao tribunal de apelações, relativamente a juizes 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. Os resultados indicam que, a despeito da clara intenção do legislador em reduzir as taxas de encarceramento de réus não-julgados, relatores que são juizes substitutos em segundo grau ou que tem origem no ministério público (quinto constitucional) apresentam resposta a reforma das cautelares fortemente contrária aos interesses dos réus.

Palavras-chave: Decisões Judiciais; Viés Judicial; Juizes Substitutos em Segundo Grau; Quinto Constitucional; Lei 12.403/2011; Medidas Cautelares Penais.

JEL: K14; K41.

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 Sao 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 Sao 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 statutory 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 Decision-making; Atitudinal Model; Judges Sitting by Designation; Judicial Appointments; Remand Custody.

R: 20/10/20 **A:** 27/10/21 **P:** 31/12/21

¹ E-mail: alexandre.castro@ipea.gov.br

1. Introdução

Este artigo apresenta uma avaliação do impacto da reforma do sistema de medidas cautelares penais – introduzida pela Lei 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 2009-2013.

A Lei 12.403 foi uma resposta do legislador as 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 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 (2017), Junior e De 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 a distribuição exógena de recursos entre relatores, propiciam uma oportunidade ímpar para se testar hipóteses acerca do comportamento judicial: o modelo atitudinal [Segal and Spaeth (2002)], efeitos de seleção [Priest and Klein (1984)], a abordagem integrada (Coggins) e o fenômeno do *offsetting* (compensação), definido por Gong e Freyens(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 através 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 primeiro ser selecionados por seus colegas delegados em comitês institucionais poderosos, que definem uma lista de seis candidatos. Em seguida, o Conselho Superior da Magistratura seleciona três nomes dentre os seis e os apresenta ao governador do estado para uma escolha final. Diversos estudos apontam os riscos deste 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 executivo². A política criminal é estratégica para o governo do estado pois a segurança é uma

² Vários artigos discutiram o sistema de nomeação e nomeação de juízes estaduais. Sobrinho e Albuquerque (2017) sugerem que o Quinto Constitucional compromete a independência judicial. Bianeck (2017) 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

questão fundamental para o eleitor mediano (conservador), que apoia uma postura dura com relação ao crime³.

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 – doravante MP – publica periodicamente suas diretrizes escritas (chamadas de “teses”) para interpretar as mudanças legais ou jurisprudenciais⁴. De forma análoga, espera-se que ex-advogados tendam a adotar postura congruente com as visões institucionais da Ordem dos Advogados – doravante OAB – e sua agenda política, que busca salvaguardar o direito ao devido processo legal⁵, 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 cortes⁶.

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; 3- Magistrados do Quinto/OAB responderão favoravelmente aos réus. Os testes de hipótese se baseiam em um modelo de escolha discreta onde 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 desse artigo são: primeiro, 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

em que filhas de ministros do Supremo Tribunal Federal – STF doravante – foram indicadas para cortes de apelação no Brasil.

³ 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.

⁴ O MP está muito atento à opinião pública e à sua independência: recentemente bloqueou um projeto de lei 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, pressionaram o Congresso pela aprovação de um pacote de leis mais punitivas, contendo dez proposições (criaram um site para essa iniciativa: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/>)

⁵ 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).

⁶ 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/cotidiano/2015/10/1698478-estudo-indica-que-camara-do-tr Tribunal-de-justica-paulista-mais-nega-recurso.shtml](https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/10/1698478-estudo-indica-que-camara-do-tr-Tribunal-de-justica-paulista-mais-nega-recurso.shtml)

[Nagel (1961), Tate (1982), Wald (1984) e Reinhardt (1999)] e acerca do comportamento de juízes designados [Note (1963), Alexander Jr (1965), Green e Atkins (1977), Solimine (1988), Saphire e Solimine (1994), Brudney e Distlear (2001) e Benesh (2006)]. Por fim o artigo 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 as regras para a nomeação de magistrados no Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP doravante. Seção III revisões da literatura. A seção IV estabelece o modelo e as hipóteses testáveis. A seção V apresenta os resultados e a seção VI, as conclusões.

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 artigo 95 da Constituição Federal estabelece amplas garantias e independência para os juízes brasileiros: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

2.1. Magistrados de Carreira

Os artigos 93 da Constituição Federal estabelecem os princípios básicos e as regras gerais de admissão e promoção dos juízes de carreira, a serem 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.

2.2. Nomeações do poder executivo (Quinto Constitucional)

Nas cortes de apelação brasileiras, vinte por cento das vagas no Brasil são atribuídas a carreiras não judiciais da seguinte forma: 10% para ex-advogados e 10% para ex-promotores públicos⁸. 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 do estado para uma escolha final.

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.”*

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.

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 646, que define a discricionariedade de tais julgados. O artigo 2.º 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 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 promoção de juízes de primeiro grau a tribunais de apelação, que dependem tanto da antiguidade quanto da produtividade, de forma alternada⁹. Juízes substitutos em segundo grau não podem desempenhar funções administrativas¹⁰. Os órgãos julgadores devem ser compostos em sua maioria por desembargadores¹¹, 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 Tribunal¹².

⁹ Resolução Nº 72 de 31/03/2009, 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 auxílio em órgão julgador de segundo grau.

¹⁰ Resolução Nº 72 de 31/03/2009, 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.

¹¹ Resolução Nº 72 de 31/03/2009, 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.

¹² Resolução 106 de 1998, que dispõe sobre a criação, convocação e funcionamento de Câmaras Criminais Extraordinárias. Artigo 1º - São instituídas, com numeração ordinal, três Câmaras Criminais Extraordinárias, para auxiliar, respectivamente, a 1ª, 2ª e 3ª Câmaras.

Artigo 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.

Artigo 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.

Artigo 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.

Artigo 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 designados¹³. 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 promoção¹⁴.

Introduzido em 2006, através do Assento Regimental 377 – que altera o Regimento Interno do TJSP – o Conselho Superior da Magistratura adquire poderes discricionários significativos na seleção dos juízes designados¹⁵. A Emenda Constitucional 45 de 2004 (“A 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 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 (ver processo principal Habeas corpus HC 96821 / SP, no STF¹⁶).

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

¹³ 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.

¹⁴ Resolução 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.

¹⁵ 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 n. 6.142, de 27.6.1961 (Artigo 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.);*

¹⁶ <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur179858/false>

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) analisa o papel dos atributos pessoais nos padrões de votação dos juízes da Suprema Corte dos EUA entre 1946 e 1978. Ele descobriu que os juízes com experiência em promotoria eram menos favoráveis às reivindicações de direitos e liberdades civis e 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 os 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 EUA, Sisk et al. (1998) apresentaram evidências de que juízes com histórico de defesa criminal eram muito mais propensos a se opor às *Diretrizes de Sentenças* estabelecidas em 1988. Eles também descobriram que juízes com experiência como promotor eram mais propensos a favorecer as *Diretrizes*. Neste 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 conseguiram 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 et al. (1986) estabeleceram que a experiência anterior não era importante para explicar o comportamento do tribunal superior em casos de discriminação sexual. Ashenfelter et al. (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 anti-réu em processos criminais nos tribunais de apelação dos EUA. 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 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 dos litigantes e dos 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 significativa¹⁷. 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 através 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 são menos afeitos à

¹⁷ 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; 3- a variável de resultado é a sentença, não a reversão da decisão.

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

3.2 Juízes designados (juízes substitutos em segunda instancia)

Juízes designados também são nomeados, mas de uma forma altamente discricionária e por isso esses juízes efetivos devem refletir a agenda política do tribunal¹⁸.

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 [Note (1963)] e, portanto, mais prováveis de serem revisadas *en banc* (em plenário) [Alexander Jr (1965) e 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 circuito¹⁹. Este comportamento “acanhado” foi recentemente corroborado por Brudney e Distlear (2001) no contexto de recursos envolvendo práticas trabalhistas abusivas: “[*sitting judges*] seldom author panel opinions, they even more rarely dissent, and they do not vote in any distinctively pro-union or anti-union fashion” [Brudney e Distlear (2001), p.599]. De forma semelhante, Benesh (2006) constata que os juízes efetivos redigem poucas opiniões majoritárias em comparação com os juízes de apelação e são avessos a apresentar opiniões divergentes ou concordantes. Mais recentemente, Peppers et al. (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) examina como as decisões sobre a construção de reivindicações de patentes por juízes distritais são tratadas no Circuito Federal nos Estados Unidos. Eles descobrem que os juízes distritais têm muito menos probabilidade de serem revertidos depois de terem atuado por designação. Eles 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.

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

¹⁸ 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.

¹⁹ Esse padrão pode ser atribuído ao papel decisivo da antiguidade, status e hierarquia na tomada de decisão colegiada. Este ponto é levantado por Ulmer (1971), Walker (1970) e Green e Atkins (1977), e corroborado nas entrevistas de Cohen (2002).

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 classificação 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 um papel (Gillman (1999) e 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 características 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 réu²⁰. O modelo pode ser assim escrito:

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

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-réu²¹; e igual a zero caso contrário; x_1 é uma variável *dummy* igual a 1 se a data do julgamento for posterior ao início da vigência da Lei 12.403, x_2 é uma variável categórica, que distingue se o relator é oriundo da carreira, se e 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 permite estimar o efeito da reforma das cautelares (Lei 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

²⁰ O conjunto de dados não contém informações sobre o voto individual de cada magistrado. Ele contém apenas o resultado final do julgamento (acórdão ou decisão monocrática). Ainda assim, mais de 99,5% das decisões do painel são unânimes.

²¹ A maioria dos resultados permanece inalterada se um modelo logit ordenado for adotado, em vez de um modelo logit com uma variável dependente binária.

réus recorrentes escolheriam juízes 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. De 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 que são escolhidos por sufrágio restrito, ou seja, em conselhos de delegados, tanto na OAB quanto no MP²². 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.

O histórico de carreira como uma *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 procuradora, simplesmente porque as regras de seleção exigem experiência em contencioso, que por sua vez exige a afiliação a OAB. No entanto, essa característica não compromete nossos resultados, pois a grande maioria dos desembargadores promovidos através da carreira serviu em tribunais de primeira instância por pelo menos duas décadas²³ e, mais importante, não foram selecionados através do mecanismo do Quinto Constitucional. São, portanto, tipos de juízes essencialmente diferentes.

²² Na OAB, nos Conselhos Seccionais e no MP, no Conselho Superior. Estes 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.

²³ O ponto principal é que eles são indiscutivelmente diferentes de ex-advogados ou ex-promotores, seja porque optaram por uma carreira judiciária para começar ou porque, digamos que foram inicialmente selecionados aleatoriamente para a carreira de magistrado, muitos anos de magistratura acabaram moldando suas opiniões em formas particulares que são distintas daquelas que passaram boa parte de suas carreiras servindo como promotores ou advogados.

5. Dados e Resultados

O TJSP é 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 TJSP²⁴. Os dados 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 prisão²⁵. Outras classes de recursos criminais têm pouca relação com 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- autor não é MP e o recurso é provido ou parcialmente provido; 2- o autor é o MP e o recurso não foi provido ou provido parcialmente. Caso contrário, a decisão é classificada como pró-autor²⁶.

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 habeas corpus

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 apelações criminais e habeas corpus, enquanto os réus concentram seus em apelações criminais e em agravos de execução penal.

²⁴ 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 página de internet do tribunal, biografias de juízes encontradas na internet e diários do tribunal, baixados da imprensa oficial de São Paulo, em https://tjsp.jus.br/Sistemas_DJE.

²⁵ Segundo o artigo 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 artigo 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 12.403/2011 seja em medidas cautelares, o diploma revogou o artigo 393 do Código de Processo Penal: "*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 a detração penal, que surgiram com a reforma das cautelares, também são passíveis de questionamento a partir de AGEXP. Esse agravo pode ser aplicado em caso de presos provisórios conforme o parágrafo único do artigo 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.*"

²⁶ No caso específico de Habeas Corpus, quando o recurso é inadmitido (não-conhecido), será classificado como contrário ao réu."

Tabela 1: Estatísticas descritivas. Recursos criminais distribuídos no TJSP, entre 2009 e 2014. Tamanho da amostra: 379.137.

	Média	Desvio-padrão
Decisão favorável ao réu	0.226	0.363
Réu recorre	0.926	0.261
Monocrática	0.018	0.131
Sub-processo	0.008	0.092
Recurso em sentido estrito	0.030	0.171
Embargos de declaração	0.007	0.086
Apelação criminal	0.517	0.500
Revisão criminal	0.026	0.158
Agravo de execução penal	0.032	0.177
Mandado de segurança	0.005	0.068
Habeas Corpus	0.377	0.485

Nota: Exclui-se os recursos distribuídos por prevenção ao magistrado.

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
Sub-processo	0.008	0.092	0.008	0.090
Recurso em sentido estrito	0.020	0.140	0.157	0.363
Embargos de declaração	0.007	0.086	0.008	0.090
Apelação criminal	0.509	0.500	0.621	0.485
Revisão criminal	0.028	0.164	0.000	0.000
Agravo de execução penal	0.021	0.145	0.171	0.377
Mandado de segurança	0.003	0.054	0.026	0.158
Habeas Corpus	0.406	0.491	0.001	0.038

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 e ED e AgExp. Quando o MP recorre, observa-se um aumento expressivo na taxa de decisões pró-réu, principalmente em AgExp, que salta de 64 para 73% e em MS, que aumentam de 59 para 62%. Sob a ótica dos “tipos” de relatores observa-se diferenças importantes: a aumento em RESE ajuizado pelo réu ocorre em todos os tipos, com exceção dos substitutos em 2º grau. Já em HC, a quase totalidade do aumento advém dos magistrados do Quinto/OAB.

Ideologia Judicial e Política Judiciária: Como os Magistrados de Apelação Responderam a Reforma do Sistema de Medidas Cautelares Penais (Lei nº 12.403/2011)?

As estatísticas descritivas fornecem indicações robustas das disparidades de comportamento entre “tipos” de relatores. Quando réus recorrem, relatores da carreira 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 heterogenea: enquanto os magistrados de carreira e os oriundos do Quinto/OAB reduzem, os substitutos em 2o grau e os oriundos do Quinto/MP aumentam de forma significativa a proporção de decisões pro-reu. 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 este impacto, apresenta-se, na próxima seção, os resultados do modelo estatístico.

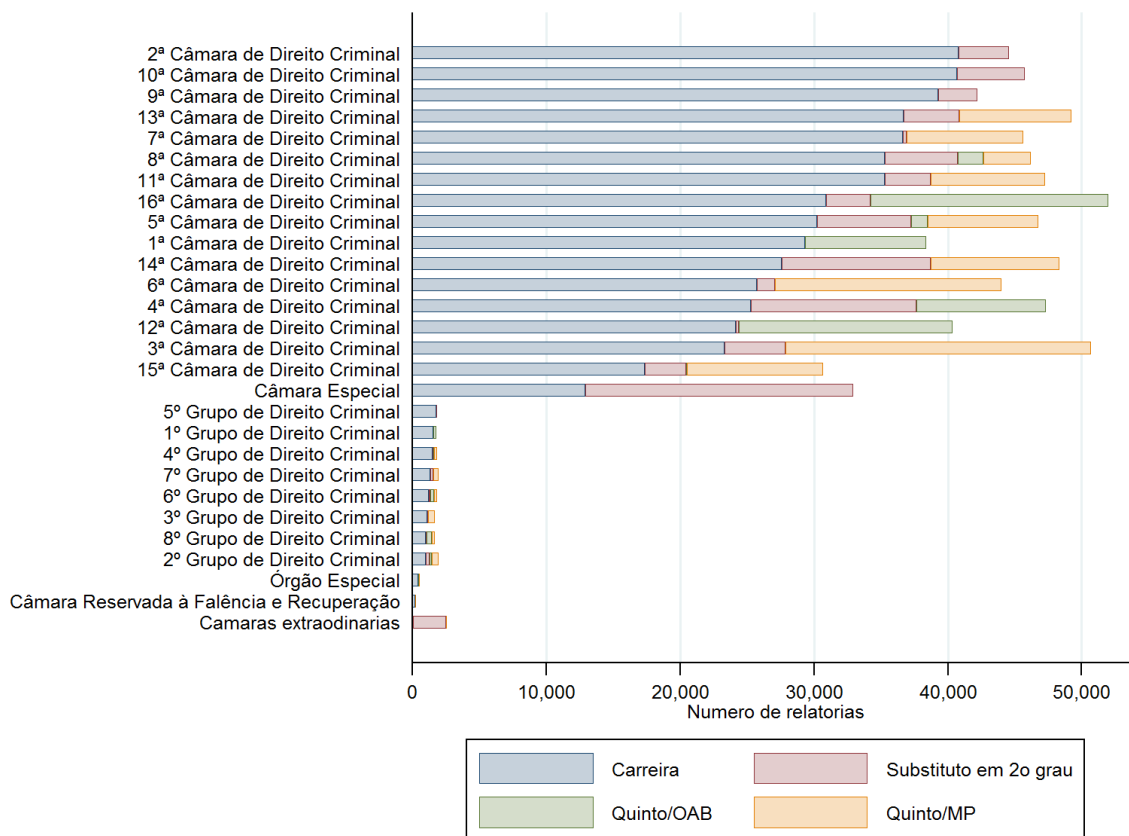
Tabela 3: Proporção de decisões favoráveis ao réu, antes e depois da reforma das cautelares penais (Lei 12.403/2011), segundo classe de recurso e o “tipo” de relator. TJSP. 2009-2013.

	Carreira		Substituto 2º grau		Quinto/OAB		Quinto/MP		Total	
	Antes	Depois	Antes	Depois	Antes	Depois	Antes	Depois	Antes	Depois
Réu recorre										
Agravo de execução penal	0.324	0.338	0.238	0.25	0.357	0.433	0.297	0.296	0.307	0.327
	1,936	2,803	650	581	314	290	397	562	3,297	4,236
Apelação criminal	0.268	0.278	0.202	0.17	0.3	0.341	0.233	0.247	0.255	0.267
	34,072	86,973	8,266	14,063	1,665	9,762	4,661	18,710	48,664	129,508
Embargos de declaração	0.156	0.216	0.13	0.16	0.137	0.333	0.111	0.208	0.144	0.213
	1,469	74	681	25	117	9	202	12	2,469	120
Habeas Corpus	0.11	0.128	0.064	0.057	0.147	0.247	0.113	0.108	0.106	0.128
	38,046	55,340	10,056	7,576	4,903	6,403	7,087	11,274	60,092	80,593
Mandado de segurança	0.33	0.327	0.383	0.473	0.379	0.202	0.271	0.326	0.336	0.328
	233	495	64	56	29		48	89	374	702
Recurso em Sentido Estrito	0.11	0.194	0.155	0.136	0.081	0.23	0.109	0.177	0.115	0.19
	1,504	3,248	375	330	148	366	312	738	2,339	4,682
Revisão criminal	0.138	0.149	0.107	0.067	0.179	0.227	0.099	0.105	0.131	0.144
	1,080	6,098	219	436	56	590	146	1,121	1,501	8,245
Ministério Público recorre										
Agravo de execução penal	0.667	0.745	0.506	0.567	0.732	0.908	0.632	0.757	0.637	0.73
	1,532	1,434	489	349	192	152	372	269	2,585	2,204
Apelação criminal	0.589	0.588	0.499	0.527	0.652	0.661	0.534	0.512	0.572	0.576
	3,400	8,381	767	1,271	178	993	366	1,919	4,711	12,564
Mandado de segurança	0.596	0.627	0.545	0.548	0.935	0.931	0.337	0.467	0.586	0.624
	208	272	56	31	31	29	43	46	338	378
Recurso em Sentido Estrito	0.435	0.391	0.24	0.281	0.59	0.502	0.302	0.354	0.397	0.387
	1,137	1,845	246	201	83	235	207	418	1,673	2,699

A Figura 1 mostra que a composição dos órgãos julgadores, por tipo de juiz de apelação, varia significativamente²⁷. Vários painéis “residuais” contribuem para uma pequena fração de todos os julgamentos - os grupos, a Câmara Especial e os painéis extraordinários.

²⁷ A composição é medida pela participação dos relatores por tipo de magistrado participante de cada julgamento, no período amostral (2009-2013).

Fig. 1 Composição dos painéis criminais em São Paulo. 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 a vigência da Lei 12.403.

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 classes de RESE e HC, que são justamente aquelas mais impactadas pela Lei 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 pp a mais de chances de julgar em favor do réu, enquanto os oriundos do Quinto/OAB têm 12 pp a mais de chances. Já em HC, os relatores de carreira são 1.5 pp mais propensos a decidir pró-réu enquanto os oriundos do Quinto/OAB são 7 pp mais propensos. Por outro lado, quando o MP interpõe RESE, estes mesmos tipos respondem negativamente (-8 e -15 pp) e de forma intensa (magnitude elevada). O corolário desta análise é que, tanto em RESE quanto em HC – as duas principais classes sujeitas aos efeitos da nova lei – os relatores substitutos em 2º grau e aqueles oriundos do Quinto/MP não respondem a reforma das cautelares. A ausência de efeitos para alguns tipos é significativa, visto que os recursos são distribuídos de forma exógena entre turmas

Ideologia Judicial e Política Judiciária: Como os Magistrados de Apelação Responderam a Reforma do Sistema de Medidas Cautelares Penais (Lei nº 12.403/2011)?

e que, portanto, em média, a carga de processos de cada relator deve ser indistinta no tocante as especificidades do caso concreto.

Em AgExP, quando o réu recorre, apenas os juízes substitutos em 2º grau respondem positivamente, elevando em 10 pp 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 pp. De maneira frequente na amostra, os AgExP interpostos pelo Parquet tratam de questões relativas aos benefícios da Lei de Execuções Penais (progressão, livramento condicional e regime de pena como um todo). Especificamente, o *Parquet* entendia que, devido a supressão do artigo 393 do CPP pela Lei 12.403, os benefícios da LEP se tornariam incabíveis. Prevaleceu, contudo, o princípio da irretroatividade da Lei Penal mais severa²⁸. A “ausência” de efeitos de “tipo” de magistrado nesse caso exemplifica uma situação em que a lei e jurisprudência se sobrepõem as preferências dos magistrados, corroborando uma leitura adequada do modelo atitudinal.

Tabela 4: Efeito marginal da reforma das cautelares penais (Lei 12.403/2011), segundo o “tipo” de relator e o tipo do autor do recurso. Variável dependente: probabilidade de julgamento favorável ao réu. TJSJP. 2009-2013.

	ApCrim	RESE	AgExP	RevCrim	HC	MS
Carreira X 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 2o grau X 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 X 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 X 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 X MP recorre	0.004 (0.011)	-0.076*** (0.028)	0.062*** (0.020)	-0.020 (0.063)		
Substituto em 2o grau X MP recorre	0.038 (0.026)	0.044 (0.047)	0.103*** (0.039)	-0.089 (0.127)		
Quinto/OAB X MP recorre	-0.093*** (0.031)	-0.150** (0.067)	0.108*** (0.035)	-0.025 (0.063)		
Quinto/MP X MP recorre	-0.054* (0.028)	0.014 (0.045)	0.136*** (0.037)	0.111 (0.117)		

6. Conclusão

Este artigo analisou as possíveis mudanças nos padrões de julgamento de recursos criminais, decorrentes de uma ampla reforma penal, através da Lei 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 2º grau Quinto/MP ou Quinto/OAB), devem apresentar “respostas” ou “reações” distintas diante de uma mudança na lei penal que

²⁸ Constituição Federal 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 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.”

impacta a severidade das punições para criminosos. Preferências políticas, incentivos de carreira e espírito corporativista - todos subjacentes aos “tipos” de magistrado relator – tem o potencial de explicar comportamentos judiciais distintos, principalmente diante de uma reforma penal de largo alcance, como a da Lei 12.403.

Com base em um modelo estatístico que contempla as principais classes de recursos criminais, o artigo apresenta evidências de que o a resposta – em termos de padrões decisórios – dos magistrados de apelação não é a mesma, 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 pp respectivamente. São efeitos fortíssimos diante de taxas médias de 11%, anterior a 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 a reforma, se elevou de 1.5 e 7 pp respectivamente. Destaca-se a forte magnitude dos efeitos para magistrados do Quinto/OAB em ambas as classes processuais. Chama a atenção também a *ausência de efeitos* para os magistrados designados e os oriundos do Quinto/MP, revelando um comportamento refratário às inovações a 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 constituição 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, os interesses de carreira ou corporativistas são menos decisivos, conclui-se que alguns tipos de magistrado (substitutos em 2º grau e Quinto/MP) apresentam um comportamento denominado na literatura como *offsetting* [Freyens and Gong (2017)] no qual, a despeito de mudança na lei penal de teor *garantista*, em média tais magistrados passaram a julgar *menos* favoravelmente aos 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 drogas²⁹. 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.

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 o 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 ...”*”.

²⁹ Habeas Corpus nº 97,256/RS, no STF, julgado em 1º de setembro de 2010, que declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06: “§ 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)”.

7. Referências

- ALEXANDER JR., Andrew Lamar. **En Banc Hearings in the Federal Courts of Appeals: Accommodating Institutional Responsibilities (Part 1)**. *N.Y.U. Law Review*, 40 (563): 595–597, 1965.
- ASHENFELTER, Orley C.; EISENBERG, Theodore; SCHWAB, Stewart J.. **Politics and the Judiciary: The Influence of Judicial Background on Case Outcomes**. *The Journal of Legal Studies*, 24(2):257–281, 1995. ISSN 00472530, 15375366. URL <http://www.jstor.org/stable/724612>.
- BENESH, Sara C.. **The Contribution of Extra Judges**. *Arizona Law Review*, 48:301, 2006.
- BIANECK, Willian Carneiro. **A Porta dos Fundos do Judiciário: O Quinto Constitucional e o Nepotismo**. *Revista NEP-Núcleo de Estudos Paranaenses da UFPR*, 3(1):112–123, 2017.
- BRUDNEY, James J.; DISTLEAR, Corey. **Designated Diffidence: District Court Judges on the Courts of Appeals Papers of General Interest**. *Law Society Review*, 565(35), 2001. URL http://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/142.
- BUDZIAK, Jeffrey. **The Strategic Designation of Visiting Judges In The Us Courts Of Appeals**. *Justice System Journal*, 36(3):233–253, 2015.
- CASTRO, Alexandre Samy de. **Judicial Attitudes Under Shifting Jurisprudence: Evidence From Brazil's New Drug Law of 2006**. Texto para Discussão do IPEA, no prelo, 2020.
- COGGINS, Kathryn Elizabeth. **An Integrated Approach to Judicial Decision Making in the State Supreme Courts**. PhD thesis, University of Georgia, 2008.
- COHEN, Jonathan Matthew. **Inside Appellate Courts: The Impact of Court Organization on Judicial Decision Making in the United States Courts of Appeals**. University of Michigan Press, 2002. ISBN 9780472112562. URL <http://www.jstor.org/stable/10.3998/mpub.17111>.
- EISENBERG, Theodore; JOHNSON, Sheri Lynn. **The Effects of Intent: Do We Know How Legal Standards Work?**
- FREYENS, Benoit Pierre; GONG, Xiaodong. **Judicial Decision Making Under Changing Legal Standards: The Case of Dismissal Arbitration**. *Journal of Economic Behavior & Organization*, 133:108–126, 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) 255 at 271
- GILLMAN, Howard. **The Court as an Idea, Not a Building (or a Game): Interpretive Institutionalism and the Analysis of Supreme Court Decision-Making**. *Supreme Court decision-making: New institutionalist approaches*, 65:66, 1999.
- GREEN, Justin J.; ATKINS, Burton M.. **Designated Judges: How Well do They Perform**. *Judicature*, 61:358, 1977.

- GRYSKI, Gerard S.; MAIN, Eleanor C.; DIXON, William J.. **Models of State High Court Decision Making in Sex Discrimination Cases.** *The Journal of Politics*, 48(1):143–155, 1986. ISSN 00223816, 14682508. URL <http://www.jstor.org/stable/2130930>.
- HOWARD, J. Woodford. **Courts of Appeals in the Federal Judicial System: A Study of the Second, Fifth, and District of Columbia Circuits.** 1981.
- LEMLEY, Mark A.; MILLER, Shawn P.. **If You Can't Beat 'Em, Join 'Em? How Sitting by Designation Affects Judicial Behavior.** *Stanford Public Law Working Paper*, 2449349, 2014. URL <https://ssrn.com/abstract=2449349>.
- LOPES, A. N.. **Prisão Preventiva na Lei N° 12.403/11: Uma Análise Acerca do Encarceramento Provisório à Luz da Lei das Medidas Cautelares no Processo Penal.** TCC - Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação, 2018.
- MACHADO, Maira Rocha; BARROS, Matheus de; GUARANHA, Olivia Landi Corrales; PASSOS, Julia Adib. **Penas Alternativas para Pequenos Traficantes: Os Argumentos do TJSP na Engrenagem do Super Encarceramento.** *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 8(1), 2018.
- NAGEL, Stuart S.. **Judicial Backgrounds and Criminal Cases.** *University of Chicago Law Review*, 53(333), 1962. URL <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol53/iss3/6>.
- Note. **The Second Circuit: Federal Judicial Administration in Microcosm.** *Columbia Law Review*, 63(5): 874–908, 1963. ISSN 00101958. URL <http://www.jstor.org/stable/1120534>.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Supremo Relator. Processo Decisório e Mudanças na Composição do STF nos Governos FHC e Lula.** *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 27(80), 2012.
- PALADINO, Andrea Sílio. **Os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Paraná: Uma Análise do Perfil Social e Orientação Jurídica nas Carreiras de Magistrado E Do Quinto Constitucional.** Tese de Mestrado, Programa de Pós-graduação em Sociologia, 2007. URL <http://hdl.handle.net/1884/12063>.
- PEPPERS, Todd C.; VIGILANTE, Katherine; ZORN, Christopher. **Random Chance or Loaded Dice: The Politics of Judicial Designation.** *UNHL Rev.*, 10:69, 2012.
- PRIEST, George L.; KLEIN, Benjamin. **The Selection of Disputes for Litigation.** *The Journal of Legal Studies*, 13(1):1–55, 1984. ISSN 00472530, 15375366. URL <http://www.jstor.org/stable/724341>.
- REINHARDT, Stephen. **Good Judging.** *Green Bag 2d*, 2:299–441, 1999.
- REIS JUNIOR, Almir Santos; OLIVEIRA, Gisele Mara 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* 9, no. 1 (2020): 167-184.

- ROBINSON, Rob. **Does Prosecutorial Experience “Balance Out” a Judge’s Liberal Tendencies?**. *The Justice System Journal*, 32(2):143–168, 2011. ISSN 0098261X. URL <http://www.jstor.org/stable/27977521>.
- SAPHIRE, Richard B.; SOLIMINE, Michael E.. **Diluting Justice on Appeal: An Examination of the Use of District Court Judges Sitting by Designation on the United States Courts of Appeals**. *U. Mich. JL Reform*, 28:351, 1994.
- SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J.. **The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited**. Cambridge University Press, 2002.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Um Voto Qualquer? O Papel do Ministro Relator na Deliberação no Supremo Tribunal Federal**”. *REI-Revista Estudos Institucionais*, 1(1):180–200, 2015.
- SISK, Gregory C.; HEISE, Michael; MORRIS, Andrew P.. **Charting the Influences on the Judicial Mind: An Empirical Study of Judicial Reasoning**. *New York University Law Review*, 73(5), 1998.
- SMITH, Rogers. **Historical Institutionalism and the Study of Law**. In *The Oxford Handbook of Law and Politics*. 2008.
- SOLIMINE, Michael E.. **Ideology and en Banc Review**. *NCL Rev.*, 67:29, 1988.
- STEFFENSMEIER, Darrell; HEBERT, Chris. Women and men policymakers: Does the judge’s gender affect the sentencing of criminal defendants? *Social Forces*, 77(3):1163–1196, 1999. ISSN 00377732, 15347605. URL <http://www.jstor.org/stable/3005975>.
- TATE, C. Neal. **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*, 75(2): 355–367, 1981. ISSN 00030554, 15375943. URL <http://www.jstor.org/stable/1961370>.
- TATE, C. Neal; HANDBERG, Roger. **Time Binding and Theory Building in Personal Attribute Models of Supreme Court Voting Behavior, 1916-88**. *American Journal of Political Science*, 35(2):460–480, 1991. ISSN 00925853, 15405907. URL <http://www.jstor.org/stable/2111371>.
- ULMER, S. Sidney. **Courts as Small and Not Small Groups**. General Learning Press, 1971.
- VERDE SOBRINHO, Luis Lima; ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Quinto Constitucional: Porta para a Democracia ou Janela para o Fisiologismo no Poder Judiciário?**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 2017:08–21, 2017.
- WALD, Patricia M.. **Thoughts on Decisionmaking**. *W. Va. L. Rev.*, 87:1, 1984.
- WALKER, Thomas G.. **Judges In Concert: The Influence of the Group on Judicial Decision-Making**. PhD thesis, University of Kentucky, 1970.
- WOWK, R. T.. **Como Decidem os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Paraná?**. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.