

Revista **DIREITO GV**

ISSN 2317-6172

v. 17 n. 3 SET-DEZ 2021

PUBLICAÇÃO QUADRIMESTRAL DA
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

 **FGV DIREITO SP**

1 Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
<https://orcid.org/0000-0001-9164-2591>

2 Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil
<https://orcid.org/0000-0002-1046-2458>



Como os desembargadores reagem a derrotas?

HOW JUDGES REACT TO DEFEATS?

Mateus Moraes Araújo¹ e Lucas Fernandes Magalhães²

Resumo

Como os desembargadores minoritários reagem a derrotas? Os desembargadores mantêm seus entendimentos iniciais, a despeito de serem derrotados pela maioria, ou deferem em algumas ocasiões para a maioria, abrindo mão de suas decisões iniciais, com a finalidade de maximizar certos objetivos? A partir de uma base de dados original contendo uma amostra de acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, observou-se que, dos 30 desembargadores analisados, 24 se afastaram do seu posicionamento inicial em pelo menos uma decisão, e que, dos 233 votos contabilizados, 86 foram deferentes. Além disso, a partir de um modelo de regressão logística, foram identificados três fatores que contribuem para o aumento da chance de o desembargador deferir para a maioria, afastando-se do seu posicionamento inicial: 1) oposições majoritárias estáveis; 2) assumir a função de vogal no julgamento (vs. relator); 3) ingressar no tribunal através de promoção na carreira (vs. Quinto Constitucional).

Palavras-chave

Comportamento judicial; deferência; Tribunal de Justiça; teoria atitudinal; teoria estratégica.

Abstract

How do minority judges react to defeats? Do the judges maintain their initial understandings, despite being defeated by the majority or do the judges sometimes defer to the majority, giving up their initial decisions, in order to maximize certain objectives? From an original database containing a sample of judgments from the São Paulo Court of Justice and the Rio Grande do Sul Court of Justice, it was observed that of the 30 judges analyzed, 24 departed from their initial position in at least one decision and that of the 233 votes counted, 86 were deferential. In addition, based on a logistic regression model, three factors were identified that contribute to an increase in the likelihood of the judge defer to majority, moving away from his initial position: 1) stable majority oppositions; 2) assume the role of vowel in the trial (vs. rapporteur); and 3) enter the court through career promotion (vs. Quinto Constitucional).

Keywords

Judicial behavior; deference; Court of justice; attitudinal theory; strategic theory.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo aprimorar o conhecimento disponível sobre os mecanismos de interação entre desembargadores em turmas e câmaras dos tribunais de justiça estaduais que fazem com que eles alterem seus padrões de decisão quando são derrotados. Mais especificamente, pretendemos analisar se os desembargadores deferem para as maiorias ao serem derrotados e, caso isso ocorra, identificar os principais fatores que incentivam esse tipo de comportamento.

O crescimento da importância política do Poder Judiciário a partir da segunda metade do século XX, particularmente nos regimes democráticos, fez com que a Ciência Política voltasse sua atenção para o, até então, poder “menos perigoso” (HAMILTON, MADISON E JAY, 1984; BICKEL, 1986). A relevância política do Judiciário no Brasil pode ser identificada pelas questões políticas que foram levadas ao Supremo Tribunal Federal (STF), como a questão da implementação dos sistemas de cotas nas universidades, na qual o STF manteve a legislação vigente, ou a decisão sobre o financiamento de campanhas eleitorais, na qual o STF declarou inconstitucional a doação de pessoas jurídicas (MARONA e ROCHA, 2014).

No entanto, a relevância política das decisões judiciais não se resume às decisões do STF, uma vez que decisões dos tribunais de justiça também produzem alterações nas condições da execução de políticas públicas, tais como a disponibilização de medicamentos (PAIM *et al.*, 2017) e o benefício de prestação continuada de assistência social (SILVA, 2012), por exemplo. Além disso, questões políticas influenciam até mesmo nas chances de uma pessoa ser condenada ou absolvida pela justiça (ADORNO, 1995; MAGALHÃES, 2020).

Nesse sentido, defendemos a importância de se compreender melhor os mecanismos que fazem com que decisões judiciais sejam tomadas em um determinado sentido ou em outro. Acreditamos que é preciso ir além de identificar os impactos das decisões judiciais e explicar o funcionamento dos processos decisórios de juízes, desembargadores e ministros do Judiciário.

As pesquisas de Ciência Política têm focado principalmente na atuação do STF. Tais trabalhos identificaram, por exemplo, forte predominância do posicionamento do relator do processo na determinação do sentido do julgamento (OLIVEIRA, 2012a), maior chance de vitória de partes com capacidade de retaliar o STF (ARAÚJO, 2017), a existência de “panelinhas”, isto é, grupos de ministros que quase sempre votavam da mesma maneira (OLIVEIRA, 2012b), relação entre os agrupamentos de ministros que votam de forma parecida e a nomeação presidencial (DESPOSATO *et al.*, 2014), e, inclusive, associação entre o dissenso na corte e as diferenças individuais dos ministros (ALMEIDA, NUNES e CHAVES, 2019) e a ordem de votação (LOPES, 2019).

A presente pesquisa inova ao apontar elementos explicativos para o comportamento judicial no Brasil a partir dos modelos estratégicos, aplicando suas premissas para a análise de decisões judiciais dos tribunais de segunda instância. Essa proposta é particularmente interessante se levarmos em conta que os magistrados dos tribunais de justiça, além de sofrerem os constrangimentos inerentes a um órgão colegiado, também podem ser afetados de

forma mais intensa por suas decisões por se situarem no meio, e não no topo, da hierarquia judicial.

Nesse sentido, para alcançar seu objetivo, o presente artigo visa explorar os padrões decisórios dos desembargadores nos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, analisando especialmente a forma como os magistrados reagem a derrotas em julgamentos coletivos com questões jurídicas repetitivas, deferindo ou não para o posicionamento majoritário dos órgãos colegiados a que pertencem.

O artigo está dividido em quatro partes, além desta introdução e da conclusão. Na primeira parte explicaremos o marco teórico do qual partimos, a descrição do contexto institucional que será analisado e as hipóteses principais da pesquisa. Na segunda parte apresentaremos a metodologia adotada e na terceira os resultados encontrados. Finalmente, na quarta parte discutiremos os principais resultados alcançados.

I. DEFERÊNCIA EM ÓRGÃOS COLEGIADOS

I.1. TEORIAS DO COMPORTAMENTO JUDICIAL

Para descrever a forma como os desembargadores reagem a derrotas vamos adotar o conceito de deferência. Por deferência entende-se a ação de alterar o voto em uma questão jurídica específica, de modo a alinhá-lo ao posicionamento majoritário do grupo a que se pertence. Nesse sentido, será deferente o desembargador que apresentar algum voto contrário ao seu entendimento inicial minoritário e de acordo com o posicionamento majoritário. Por outro lado, será não deferente o desembargador que sustentar seu entendimento inicial, a despeito da existência de uma maioria com um posicionamento contrário ao seu.

Entretanto, além da simples descrição dos comportamentos, é importante explicar suas causas, isto é, as razões por que alguns optam pela deferência e outros não. Para isso, pretendemos identificar as variáveis causais subjacentes às decisões judiciais, as quais remetem aos modelos de comportamento judicial, atitudinal e estratégico (HORTA, 2016).

Na literatura existem duas versões do modelo atitudinal. A versão inicial, elaborada por Schubert (1965 e 1974) é baseada nos trabalhos de psicologia matemática de Clyde Coombs. Sua proposição básica consiste na ideia de que a decisão judicial corresponderia a um modelo psicológico do tipo estímulo-resposta. Nesse sentido, os juízes são atores que possuem preferências políticas prévias ao julgamento, as quais são ativadas pelos estímulos trazidos pelos casos em julgamento, determinando a resposta ou decisão dada pelo juiz (HAMMOND, BONNEAU e SHEEHAN, 2005). Essa teoria é chamada de atitudinal pois é a atitude preexistente do juiz que irá determinar o resultado dos julgamentos, e segundo ela, o contexto institucional, a possibilidade de ter seu posicionamento derrotado e mesmo o risco de sofrer retaliações por suas decisões não afetaria o comportamento do juiz, que sempre iria, a cada julgamento, manifestar sua preferência sincera.

A versão moderna da teoria atitudinal utilizada para explicar as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos – SCOTUS, encontrada especialmente em Segal e Cover (1989) e Segal e Spaeth (2002), apresenta uma descrição diferente do comportamento judicial, baseada em elementos da teoria da escolha racional, segundo a qual as decisões dos juízes seriam produzidas de forma “orientada para objetivos”. De acordo com essa versão da teoria atitudinal, as decisões dos *Justices* são uma função das suas preferências políticas prévias e dos demais constrangimentos que, em tese, podem recair sobre sua atuação. Contudo, como na prática há poucos ou quase nenhum constrangimento sobre a atuação dos *Justices*, segundo os proponentes dessa teoria, não existem incentivos relevantes para que eles desviem de suas preferências sinceras. Essa questão não é trivial. O objetivo desses pesquisadores era explicar as decisões da SCOTUS, que apresenta um contexto institucional bastante peculiar, tanto em relação à atuação dos demais juízes em outras instâncias naquele país quanto no que diz respeito à comparação com outros países.

É por esse motivo, por exemplo, que Ribeiro e Arguelhes (2013) entendem que a teoria atitudinal não deve ser capaz de explicar o comportamento dos ministros do STF brasileiro, sujeitos a outros constrangimentos institucionais que podem fazer com que os juízes desviem de suas preferências sinceras em busca de resultados possíveis, isto é, opções do tipo “second best” com uma frequência mais alta.

Apesar disso, pesquisas recentes têm feito descobertas interessantes sobre o comportamento dos ministros do STF a partir de ideias da teoria atitudinal (ARAÚJO, 2018; MARIANO SILVA, 2016 e 2018) que, se não configuram um modelo capaz de explicar adequadamente o comportamento decisório no tribunal, são o que mais se aproxima disso atualmente (MARTINS, 2018). No entanto, as razões pelas quais alguns autores apontaram que a teoria atitudinal não seria adequada para explicar o comportamento decisório do STF se fazem mais fortemente presentes nos tribunais de justiça, uma vez que os desembargadores estão ainda mais sujeitos a constrangimentos derivados do contexto institucional em que se inserem.

Por fim, foram desenvolvidas teorias para explicar o comportamento judicial em ambientes nos quais os juízes estão sujeitos a constrangimentos, as denominadas teorias estratégicas. Situadas no contexto mais amplo da revolução neoinstitucionalista, alguns teóricos passaram a analisar as decisões judiciais a partir de outros elementos, externos aos juízes, tais como objetivos, antecipação e contexto institucional. Segundo essas perspectivas, “as instituições provêm a estrutura por meio da qual as decisões são feitas e, portanto, afetam o rol de escolhas que podem ser feitas” (MALTZMAN, SPRIGGS II e WAHLBECK, 2000, p. 13).¹

...

1 Tradução livre de: “Institutions, in other words, provide the structure within which decision making occurs and thereby affect the choices that can be made” (MALTZMAN, SPRIGGS II e WAHLBECK, 2000, p. 13).

Objetivos são o elemento compartilhado entre a teoria atitudinal moderna e as teorias estratégicas. Os juízes aqui não são cães pavlovianos que apenas reagem a estímulos; eles são atores racionais que possuem objetivos e buscam maximizá-los por meio de suas decisões. Entretanto, esse elemento abre portas para uma divisão no campo do comportamento estratégico, também em duas vertentes.

Para a primeira vertente do comportamento estratégico, os objetivos dos juízes são unicamente suas preferências políticas, que eles buscam maximizar antecipando as ações de outros atores envolvidos no processo decisório, sejam eles os demais membros do mesmo órgão colegiado, juízes de instâncias superiores, ou, por fim, agentes políticos de outros poderes. Nesse sentido, decisões judiciais seriam decisões “*second best*”, isto é, decisões que, apesar de não representarem um espelho das preferências sinceras do juiz que está decidindo, representam a maximização possível dessas preferências políticas em um dado contexto institucional.

Por outro lado, alguns acadêmicos defendem que os juízes possuem objetivos como os de qualquer pessoa (POSNER, 1993; BAUM, 1997), tais como receber melhores salários, serem promovidos em suas carreiras, obterem melhores status sociais, horas de lazer, etc. Dessa forma, a diferença fundamental aqui é que os juízes vão abrir mão de suas preferências sinceras, não apenas quando isso maximizar suas preferências políticas, mas também para evitar conflitos no ambiente de trabalho, para reduzir suas respectivas cargas de trabalho, ou mesmo para passar determinada imagem para a audiência, que pode se restringir a uma parcela da sociedade – por exemplo, os professores de direito, os advogados e outros juízes da cidade –, ou mesmo ao país inteiro, destacando-se como castigadores de “bandidos” ou de políticos corruptos (EPSTEIN, LANDES e POSNER, 2013).

Além dos objetivos, outros dois elementos são importantes para a explicação do comportamento judicial proposta pelas teorias estratégicas: as antecipações e os contextos institucionais, que precisam ser melhor examinados antes de partirmos para nossas hipóteses.

Antecipação, *forward-thinking* (EPSTEIN e KNIGHT, 1997), ou *forward-looking* (CLARK, 2010), significa que, quando o resultado de uma ação (como um julgamento em um órgão colegiado, por exemplo) depende das ações de outros atores que vão agir posteriormente, o primeiro jogador poderá ter uma expectativa acerca de quais serão essas reações, antecipando suas escolhas e modificando sua ação para garantir a maximização de seus objetivos na medida do possível ou, em outras palavras, manifestando uma preferência “*second best*”. Imagine, por exemplo, que, em um julgamento qualquer, existam duas questões a serem decididas – suponhamos, a condenação ou absolvição do réu e a duração da pena. O primeiro juiz gostaria de absolver o réu, mas sabe que seus dois colegas de turma não irão absolvê-lo e gostariam de uma pena de longa duração. Nesse caso, o primeiro juiz pode votar pela condenação a uma pena mais branda, com o objetivo de fazer com que seus colegas de turma aceitem também essa pena mais branda.

O terceiro elemento é o contexto institucional. Ele consiste nas regras, formais ou informais, que irão delimitar as escolhas dos atores envolvidos. O contexto institucional irá dizer

quem são os atores que podem agir no processo, quais são as ações que eles podem tomar e qual a consequência delas. Esse elemento é de suma importância, pois limita as ações, permite que as antecipações sejam realizadas e oferece incentivos para que os atores se comportem de uma determinada forma.

De maneira mais direta, a influência das instituições no comportamento dos magistrados pode se dar a partir de dois tipos de mecanismos. O primeiro mecanismo consiste em restrições que, em geral, resultam em possíveis vetos de outros atores, membros do mesmo colegiado ou de instâncias superiores na estrutura da magistratura. O segundo se trata de possibilidades de retaliação, quando outros atores possuem prerrogativas de punir os magistrados com base em suas decisões, por exemplo, retardando seu progresso na carreira.

Em suma, há duas características fundamentais que diferenciam as teorias racionais do comportamento judicial. A existência de um ou de múltiplos objetivos e a presença ou ausência de restrições para a manifestação de preferências sinceras. O Quadro 1 relaciona essas características com as diversas teorias.

QUADRO 1 – VERTENTES DE TEORIAS DO COMPORTAMENTO JUDICIAL ORIENTADAS PARA OBJETIVOS

TEORIA	OBJETIVOS	RESTRICÇÕES	DECISÃO PREDITA
ATITUDINAL MODERNA	PREFERÊNCIAS POLÍTICAS	NÃO	DECISÃO SINCERA
ESTRATÉGICA (1ª VERTENTE)	PREFERÊNCIAS POLÍTICAS	SIM	"SECOND BEST"
ESTRATÉGICA DE MÚLTIPLOS OBJETIVOS	PREFERÊNCIAS POLÍTICAS, LAZER, MELHORES SALÁRIOS, STATUS PROFISSIONAL, ETC.	SIM	DECISÃO QUE ACOMODA OS DIVERSOS OBJETIVOS

Fonte: Elaboração dos autores.

1.2. DECISÕES EM TRIBUNAIS DE 2ª INSTÂNCIA

Para que possamos elaborar nossas hipóteses sobre o comportamento dos desembargadores dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Sul, é fundamental que seja introduzido o contexto institucional no qual tais profissionais decidem nesses tribunais. Nesta seção, apresentamos uma breve descrição da mecânica geral das decisões colegiadas na 2ª instância, das funções exercidas por um desembargador e da abertura de divergência.

Os tribunais de 2ª instância têm uma série de órgãos responsáveis por proferir decisões colegiadas,² entre eles as câmaras e as turmas. Os desembargadores são distribuídos em câmaras cíveis e criminais compostas por cinco desembargadores, as quais, por sua vez, se subdividem em turmas de três.³ Em regra, os julgamentos são realizados pelas turmas, mas em alguns casos as decisões são proferidas pela câmara “cheia”, isto é, pelos cinco desembargadores, como no caso dos Embargos Infringentes e de Nulidade do processo penal ou na hipótese de julgamento continuado do processo cível.⁴ Caso a Câmara não possua, no momento, cinco desembargadores, são convocados julgadores de outras Câmaras.

Em relação às funções exercidas pelo julgador em um órgão colegiado, o desembargador pode assumir três papéis: relator do processo, revisor⁵ e vogal. O relator é o responsável pelo andamento do feito, pela confecção do “relatório” (resumo dos fatos e desenvolvimento do processo) e, finalmente, pela apresentação do primeiro voto. O revisor e os vogais, *grosso modo*, apenas complementam o julgamento, podendo manifestar o seu voto pela frase “de acordo com o relator”⁶ ou apresentar uma divergência. No entanto, se os revisores e vogais optarem pela divergência, eles são obrigados a redigir um voto contendo, no mínimo, a fundamentação jurídica. Essa obrigatoriedade vale para todos os processos cíveis e para os recursos criminais que derem ensejo aos embargos infringentes.⁷

O fluxo do processo na 2ª instância se dá, portanto, da seguinte forma: um recurso é apresentado em relação ao resultado de uma decisão da 1ª instância do mesmo tribunal. Esse recurso então é distribuído, por sorteio ou prevenção para uma turma ou câmara, na qual será atribuído a um desembargador o papel de relator. Após o relatório e o voto do relator, seguem-se os votos do revisor e do vogal, ou dos vogais, concordando ou divergindo em relação ao voto do relator. O fluxograma constante da Figura 1 ilustra esse procedimento.

...

2 Art. 2º do Regimento Interno do TJSP – RITJSP e art. 4º do Regimento Interno do TJRS – RITJRS.

3 Arts. 41 e 247 do RITJSP e arts. 18 e 27 do RITJRS.

4 Art. 41 do RITJSP e art. 233 do RITJRS.

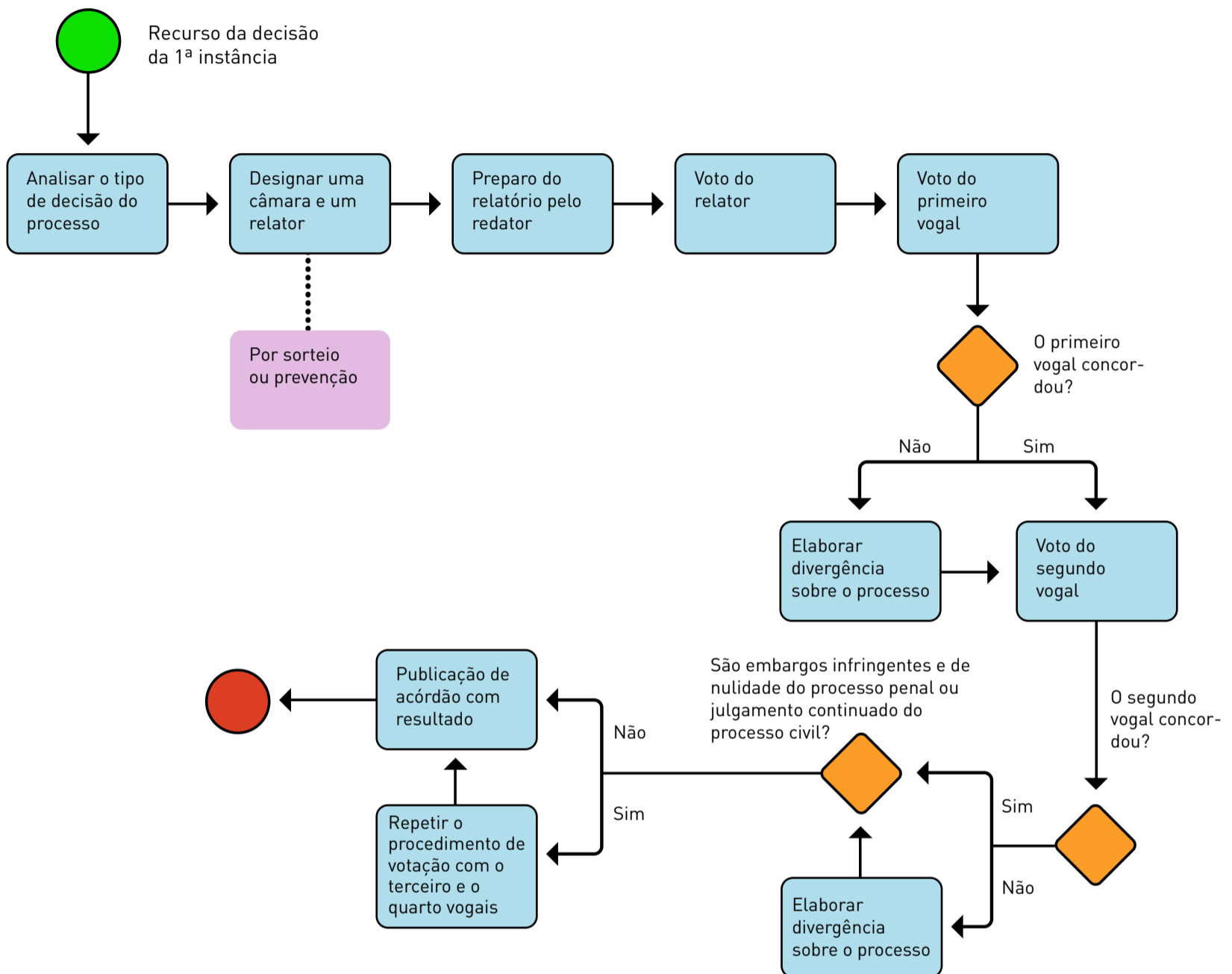
5 A figura do revisor foi extinta pela Lei n. 13.105/2015 – Código de Processo Civil, sendo, portanto, aplicável apenas ao processo penal.

6 Para as finalidades deste artigo, iremos tratar a função de revisor como sendo idêntica à do vogal; portanto, doravante, iremos nos referir aos revisores como vogais.

7 Art. 156, §1º do RITJSP. Não foi encontrada uma regulamentação similar no RITJRS.

FIGURA 1 – FLUXOGRAMA DO PROCESSO NA 2ª INSTÂNCIA

PROCESSO DE 2ª INSTÂNCIA



Fonte: Elaboração dos autores.

1.3. HIPÓTESES

Apresentada a teoria e o contexto institucional em que os desembargadores se inserem, já podemos desenvolver as hipóteses que serão testadas. Lembramos que o objetivo do trabalho é identificar os fatores que levam um desembargador minoritário a deferir para a maioria após uma derrota.

Nesse sentido, aplicamos três hipóteses que são corolários da teoria do comportamento estratégico de múltiplos objetivos no contexto institucional dos tribunais de justiça estaduais no Brasil. Isto é, espera-se que, tudo o mais mantido constante, a chance de os desembargadores

derrotados deferirem para a maioria será maior: 1) quando forem derrotados constantemente, isto é, quando a oposição majoritária ao seu entendimento for estável; 2) quanto mais elevada for a sua carga de trabalho; 3) quando assumirem a função de vogal no julgamento.⁸

A primeira hipótese se fundamenta na noção intuitiva de que desembargadores buscam manter um clima de colegialidade em sua câmara e também se preocupam com a autoestima (são avessos a derrotas). Sem dúvida, enfrentar uma maioria estável constantemente prejudica ambos os objetivos.

Em relação à segunda hipótese, quanto maior for a carga de trabalho de um desembargador, menos tempo ele terá para suas demais atividades e, sobretudo, para seu lazer. É razoável, portanto, supor que os desembargadores evitem perder parte do seu tempo escasso escrevendo votos dissidentes que serão eventualmente derrotados. Em outras palavras, juízes tendem a decidir de forma estratégica, evitando conflitos nos quais poderiam sair perdedores, especialmente se isso implicar aumento de uma carga de trabalho já elevada (POSNER, 1993; SUNSTEIN *et al.*, 2006; EPSTEIN, LANDES e POSNER, 2013).

O elemento-chave para compreender a terceira hipótese é que, enquanto a decisão do primeiro desembargador, que ocupa o papel de Relator, consiste em reformar ou reafirmar a decisão da primeira instância, a decisão dos desembargadores subsequentes, que ocupam os papéis de revisor ou vogal, consiste em concordar ou discordar do primeiro desembargador, sendo que toda divergência implica o custo extra de ter de fundamentar a decisão divergente. Para ficar mais claro, o trabalho do juiz que concorda pode ser resumido em clicar em uma caixa do processo virtual para decidir “De acordo com o Relator”, enquanto o trabalho do juiz que discorda consiste na elaboração ou, no mínimo, no reaproveitamento de um texto no qual ele justifica porque discordou. Nesse caso, ele arca com dois custos potenciais: o de ter o trabalho aumentado e o de discordar do colega de trabalho.

É por esse motivo que, a partir do contexto institucional e da teoria do comportamento estratégico de múltiplos objetivos, a nossa hipótese é que os desembargadores que foram derrotados sobre determinado assunto em um processo tendem a se conformar ao grupo, especialmente se estiverem na função de vogal, pois o custo de divergir nessa posição é relativamente maior do que na posição de relator, já que teriam de elaborar uma fundamentação para a divergência.

2. METODOLOGIA

Como os objetivos do trabalho são explicar como os desembargadores reagem diante de uma derrota, deferindo ou não para o posicionamento majoritário, e identificar os fatores que

...

⁸ Uma quarta hipótese poderia ser adicionada, qual seja: quanto menor a intensidade de preferências do desembargador pelo seu entendimento inicial, maior a chance de ele deferir para a maioria. No entanto, não temos dados que nos permitam mensurar a intensidade de preferências.

contribuem para um ou outro tipo de comportamento, a variável dependente será o voto do desembargador derrotado nos julgamentos subsequentes: 1 – voto não deferente e 0 – voto deferente. As definições de voto não deferente e deferente são apresentadas mais adiante. Como variáveis independentes, utilizamos o grau de estabilidade da oposição que se opõem ao desembargador analisado (doravante, estabilidade da oposição), a carga de trabalho e a função exercida pelo desembargador analisado no julgamento (relator ou vogal).

Além disso, foram inseridas no modelo algumas variáveis de controle, como o tempo de carreira do julgador como desembargador, a forma de ingresso do desembargador (doravante, origem) e a matéria que estava sendo julgada – cível ou criminal. Não foi incluído o sexo do desembargador, pois todos os magistrados da amostra eram do sexo masculino.

Para alcançar tal objetivo, adotamos um caminho composto pelos seguintes passos, os quais serão melhor explicitados a seguir: i) Recorte Institucional; ii) Recorte temporal; iii) Sorteio da amostra; iv) Produção dos dados v) Medição das variáveis.

Os desembargadores analisados nesta pesquisa pertencem ao Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) ou ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). Tentamos replicar a análise em outros tribunais, mas deparamo-nos com algumas dificuldades – os tribunais de pequeno ou médio porte possuem poucas decisões reiteradas sobre um mesmo assunto jurídico, o que inviabiliza a análise do comportamento do desembargador em questões repetidas ao longo do tempo; por outro lado, alguns tribunais de grande porte não apresentavam o nome dos desembargadores que participavam do julgamento, enquanto outros não disponibilizavam o conteúdo do voto divergente, fatos que inviabilizavam a pesquisa nesses tribunais. Assim, apenas o TJSP e o TJRS atenderam aos requisitos metodológicos do presente trabalho.

Escolhidos os dois tribunais, selecionamos aleatoriamente uma amostra de trinta desembargadores que, no ano de 2016, foram vencidos em um determinado julgamento quando assumiam a função de relator.

O sorteio procedeu-se da seguinte maneira: 1) Sorteio de um mês do ano de 2016; 2) Condução de uma pesquisa nos sistemas de jurisprudência do TJSP e TJRS⁹ por meio da *query* “vencido o relator” e filtrando a data pelo mês sorteado; 3) Novo sorteio de um número entre 1 até o total de processos retornados com a pesquisa; 4) Se no processo sorteado o relator não havia sido derrotado, a derrota se restringia a uma questão probatória ou o relator derrotado já havia sido incluído na amostra, realizava-se um novo sorteio para o mesmo mês.

...

⁹ Os sistemas de pesquisa de jurisprudência do TJSP e TJRS podem ser acessados nos *links*: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do> e [http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null\)&t=s&pesq=ementario.#main_res_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null)&t=s&pesq=ementario.#main_res_juris).

Após a amostragem, os processos sorteados foram identificados como aqueles que continham o “voto de referência” do desembargador que havia sido derrotado na função de relator.¹⁰ Esse “voto de referência” foi considerado o entendimento ou posição inicial do desembargador. Nas teorias apresentadas no primeiro tópico, o entendimento ou posição inicial do desembargador seria equivalente a sua decisão sincera. Contudo, como esse posicionamento inicial do desembargador derrotado na posição de relator pode já ser fruto de algum constrangimento prévio, optamos por evitar o termo “decisão sincera”.

Feito isso, novas pesquisas jurisprudenciais foram realizadas para cada um dos desembargadores selecionados, com o objetivo de mapear como eles reagiram após a derrota em questões jurídicas similares. Para realizar essas novas pesquisas jurisprudenciais foram utilizadas algumas expressões relacionadas à questão jurídica debatida, seguidas do nome do desembargador analisado, por exemplo: “princípio da insignificância” E “furto” E “reincidência” E “Nome_do_desembargador”.¹¹ Além disso, foi feita uma leitura dos acórdãos para garantir que as decisões retornadas pela pesquisa de jurisprudência tratassem, de fato, da mesma questão jurídica debatida no voto derrotado.

Foram coletados de quatro a dez votos proferidos por cada um dos desembargadores após as suas respectivas derrotas, sempre observando que metade dos votos deveriam ser proferidos pelo desembargador na função de relator e a outra metade na função de vogal.

Em relação à medição das variáveis, a dependente foi medida de forma binária: deferente ou não deferente. Considerou-se um voto deferente aquele que diferia do voto de referência, ou seja, o posicionamento inicial do desembargador. De forma inversa, foi considerado não deferente o voto do desembargador que mantinha o entendimento balizado pelo voto de referência.

A estabilidade da oposição foi calculada dividindo-se o número de vezes em que a maioria da turma se posicionava contra o voto de referência do desembargador analisado pelo total de julgamentos:

$$\text{est. da oposição} = \frac{\text{votosmaj. contraovotodereferência}}{\text{votosmaj. contraovotodereferência} + \text{votosmaj. a favor do votodereferência}}$$

10 Desembargadores mais estratégicos e com fortes preferências em relação a um determinado assunto podem modular suas decisões, acomodando sugestões de seus pares, com a finalidade de evitar uma derrota em sua turma. Tais casos, naturalmente, não entram na amostra.

11 A utilização do conectivo “E” permite recuperar todos os acórdãos que contenham obrigatoriamente todas as expressões.

Nesse sentido, quanto mais próximo de 1 for o valor, maior terá sido a estabilidade da maioria em se opor ao posicionamento do voto de referência do desembargador analisado e vice-versa, como ilustra a Tabela 1.

TABELA 1 – EXEMPLO DE MEDIÇÃO DA VARIÁVEL “ESTABILIDADE DA OPOSIÇÃO”

	DESEMBARGADOR MINORITÁRIO 1		MAIORIA 1		DESEMBARGADOR MINORITÁRIO 2		MAIORIA 2	
	1	0	1	0	1	0	1	0
POSICIONAMENTO	1	0	1	0	1	0	1	0
VOTO DE REFERÊNCIA	X			X	X			X
VOTO 1			X				X	
VOTO 2				X			X	
VOTO 3				X			X	
VOTO 4				X				X
VOTO 5				X			X	
VOTO 6				X				X
VOTO 7				X			X	
VOTO 8			X					X
ESTABILIDADE DA OPOSIÇÃO				0,75				0,375

Fonte: Elaboração dos autores.

Quanto à carga de trabalho, os valores foram obtidos através do Portal de Transparência dos tribunais. Foi considerada como carga de trabalho dos desembargadores a média anual do total de decisões com julgamento de mérito, decisões sem julgamento de mérito e dos acordos homologados no período de 2016 a 2018.

Em relação à origem dos desembargadores, cada um deles foi classificado como “Carreira”, “Quinto Constitucional” ou “Juiz Substituto”, a depender do modo como ingressou no tribunal. Há duas formas de se ingressar como desembargador em um tribunal de justiça no Brasil: a maioria das vagas, 80%, é reservada para juízes de primeira instância do próprio tribunal, que ascendem à segunda instância alternadamente por antiguidade ou mérito. As demais vagas, que ficaram conhecidas como o “quinto constitucional”, derivam de uma disposição da Constituição da República que diz que os outros 20% das vagas devem

ser ocupadas por advogados, indicados pela OAB, ou membros do Ministério Público, indicados pelo Ministério Público do Estado, ambos em listas sêxtuplas, cabendo aos respectivos governadores escolher um dos seis indicados. Além desses dois casos, tem-se ainda a possibilidade de o “desembargador” ser, na verdade, um juiz de entrância final que está substituindo um desembargador no Tribunal, tal como definido pelo Art. 70 do RITJSP.

Finalmente, o tempo de carreira foi calculado subtraindo-se a data 1/1/2016 pela data de ingresso do desembargador no Tribunal. Foi atribuído o tempo de carreira igual a 0 para os juízes substitutos.

3. RESULTADOS

Ao todo, foram analisados trinta desembargadores e 263 votos proferidos no período de 2016 a 2018.¹² As questões jurídicas controversas, em relação às quais o desembargador analisado foi derrotado, variaram bastante, indo da possibilidade de concessão da substância fosfoetanolamina sintética ao cabimento da qualificadora do crime de feminicídio, como ilustra o Quadro 2.

QUADRO 2 – RECORTE DAS QUESTÕES JURÍDICAS ANALISADAS

QUESTÃO JURÍDICA CONTROVERSA	VOTO DESEMBARGADOR	VOTO MAIORIA
É POSSÍVEL CONCEDER FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA?	SIM	NÃO
TAXA DE INCÊNDIO OU DE SINISTRO/BOMBEIROS IMPLEMENTADA POR MUNICÍPIO É INCONSTITUCIONAL?	SIM	NÃO
A MERA DECLARAÇÃO DE POBREZA É SUFICIENTE PARA REQUERER A JUSTIÇA GRATUITA?	SIM	NÃO
É POSSÍVEL DECRETAR A PRISÃO PREVENTIVA SE O RÉU, CASO SEJA CONDENADO, FOR CUMPRIR A PENA EM UM REGIME PRISIONAL MENOS RIGOROSO?	NÃO	SIM
APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PARA RÉUS REINCIDENTES	NÃO	SIM
COBRANÇA EXTRAJUDICIAL GERA HONORÁRIOS?	SIM	NÃO
APLICABILIDADE DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO	NÃO	SIM

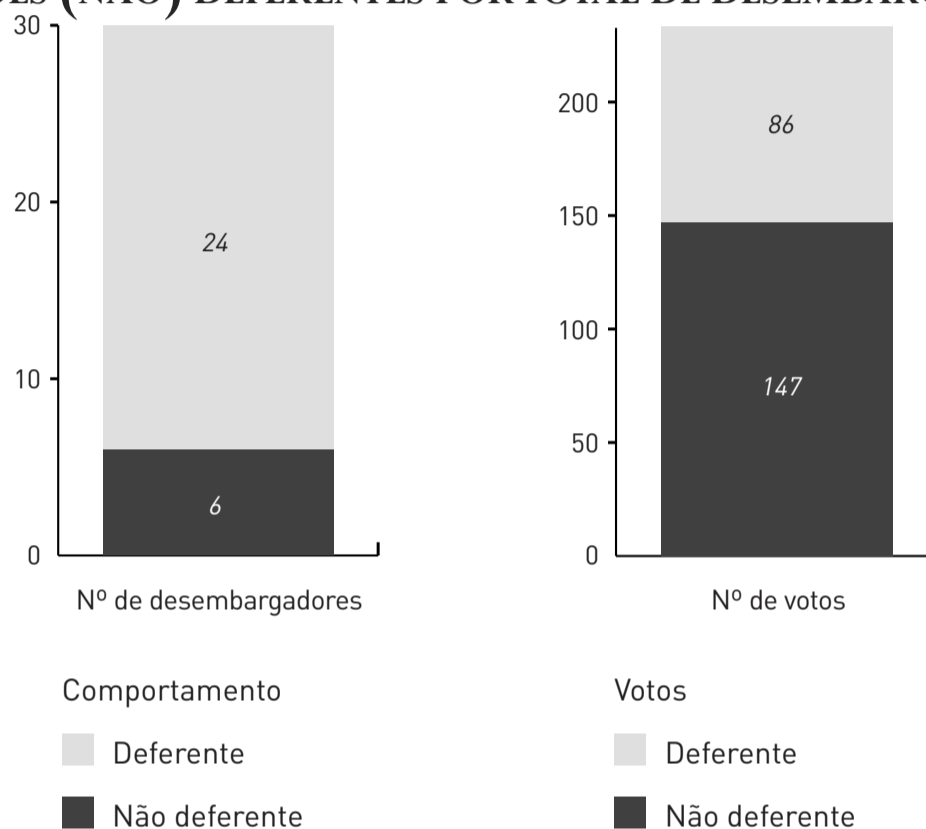
Fonte: Elaboração dos autores.

...

¹² Todos os votos de referência são de 2016, mas as decisões subsequentes variam no tempo.

O Gráfico 1 apresenta o total de desembargadores que apresentaram pelo menos 1 voto deferente e o número de votos deferentes em relação ao total. Dos 30 desembargadores analisados na amostra, 24 (80%) proferiram ao menos uma decisão deferente, abrindo mão de seu entendimento inicial e alinhando-se à maioria do órgão colegiado a que pertenciam. Em relação ao total de votos, das 233¹³ decisões 86 (37%) foram votos deferentes.

GRÁFICO 1 – DECISÕES (NÃO) DEFERENTES POR TOTAL DE DESEMBARGADOR E TOTAL DE VOTOS



Fonte: Elaboração dos autores.

Como se pode observar pelo Gráfico 1, praticamente todos os desembargadores apresentaram, em pelo menos um processo, um comportamento estratégico (isto é, afastar-se de sua decisão inicial) e mais de um terço do total das decisões foram deferentes. Resta-nos, agora, identificar os fatores que influenciam os desembargadores a adotarem uma postura de deferência em relação à maioria.

Foram apresentadas três hipóteses nesta pesquisa. Espera-se que, tudo o mais mantido constante, a chance de os desembargadores derrotados deferirem para a maioria será maior:

...

13 Foram excluídos das análises os trinta votos de referência.

1) quando forem derrotados constantemente, isto é, quando a oposição majoritária ao seu entendimento for estável; 2) quanto mais elevadas forem as suas cargas de trabalho; 3) quando assumirem a função de vogal no julgamento. Para testá-las utilizaremos o seguinte modelo de regressão logística:

$$\ln\left(\frac{p(\text{decisão=nãodeferente})}{p(\text{decisão=deferente})}\right) = \alpha + \beta_1(\text{est. da oposição}) + \beta_2(\text{c. de trabalho}) + \beta_3(\text{f. no julgamento}) + \beta_4(\text{formadeingresso}) + \beta_5(\text{tribunal}) + \beta_6(\text{matéria}) + \beta_7(\text{tempodecarreira})$$

, sendo a decisão: 1 – não deferente e 0 – deferente. As Tabelas 2 e 3 apresentam as estatísticas descritivas de cada uma das variáveis do modelo em função do número de observações na base de dados.¹⁴

TABELA 2 – DESCRIÇÃO DAS VARIÁVEIS CATEGÓRICAS

VARIÁVEL	CATEGORIAS	FREQUÊNCIA ABSOLUTA	FREQUÊNCIA RELATIVA
FUNÇÃO NO JULGAMENTO	RELATOR	103	44,21%
	VOGAL	130	55,79%
TRIBUNAL	TJRS	65	27,9%
	TJSP	168	72,1%
MATÉRIA	CÍVEL	178	76,39%
	PENAL	55	23,61%
ORIGEM	CARREIRA	127	54,51%
	JUIZ SUBSTITUTO	34	14,59%
	QUINTO CONSTITUCIONAL	72	30,9%

Fonte: Elaboração dos autores.

...

14 A base de dados junto com o código em R e glossário estão disponíveis para *download* em: <https://dataverse.harvard.edu/dataset.xhtml?persistentId=doi:10.7910/DVN/JGJI6I>.

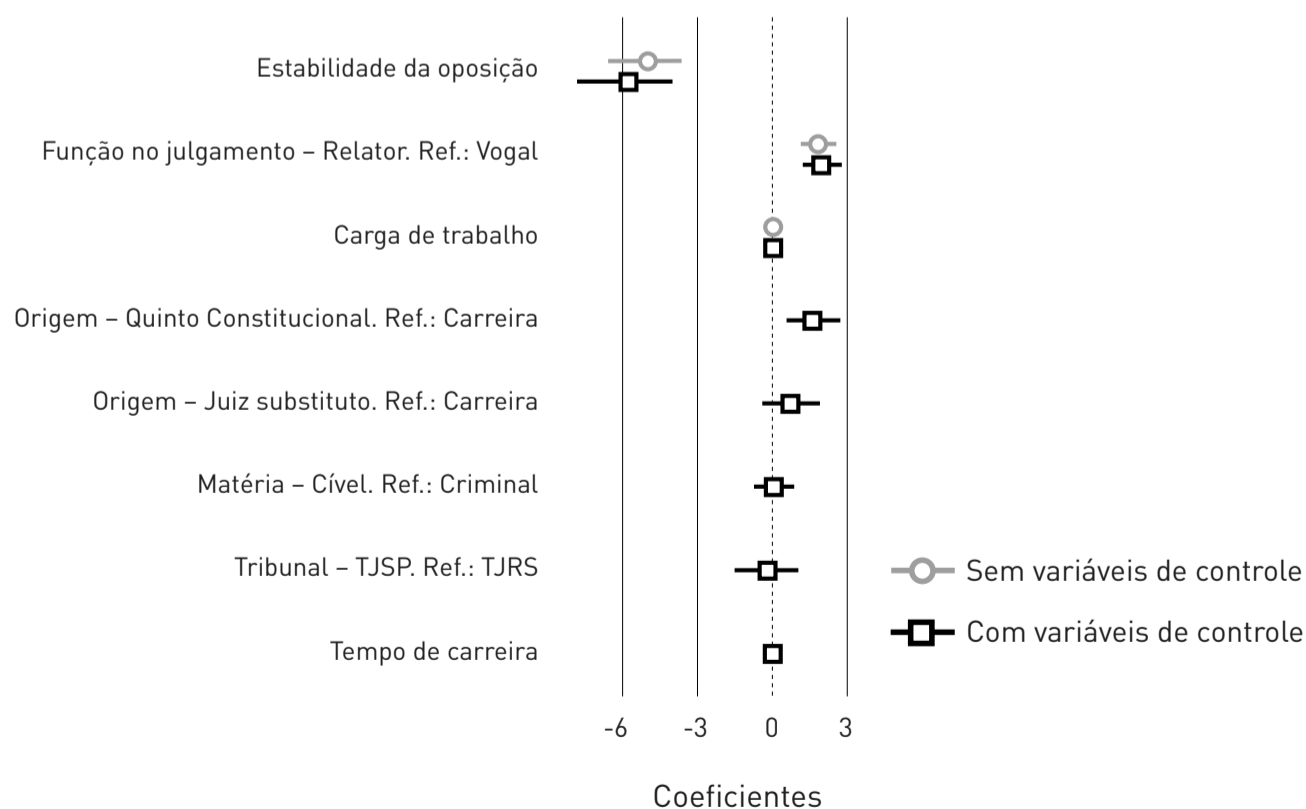
TABELA 3 – DESCRIÇÃO DAS VARIÁVEIS NUMÉRICAS

VARIÁVEL	MÍNIMO	MEDIANA	MÉDIA	3º QUARTIL	MÁXIMO	DESVIO-PADRÃO
CARGA DE TRABALHO	85,10	451,69	472,02	590,16	976,28	192,44
ESTABILIDADE DA MAIORIA	0,11	0,67	0,63	0,89	1,00	0,32
TEMPO DE CARREIRA	0,00	1.768,00	2.478,84	4.237,00	8.126,00	2.513,85

Fonte: Elaboração dos autores.

O Gráfico 2 sintetiza os resultados do modelo de regressão logística, com ou sem a inclusão das variáveis de controle. Os resultados completos de todos os modelos testados podem ser conferidos no Anexo I. As duas variáveis de interesse “estabilidade da oposição” e “função no julgamento” apresentaram significância estatística, bem como a categoria “Quinto Constitucional” da variável de controle “origem do desembargador”.

GRÁFICO 2 – *OUTPUT* DOS MODELOS DE REGRESSÃO LOGÍSTICA TOMANDO COMO VARIÁVEL DEPENDENTE O VOTO DO DESEMBARGADOR – VOTO NÃO DEFERENTE = 1, VOTO DEFERENTE = 0



Fonte: Elaboração dos autores.

Pelos valores dos coeficientes, temos que duas das três hipóteses foram corroboradas, a saber: 1) Quanto mais estável for a oposição, menor a chance de o desembargador proferir um voto não deferente e 2) O desembargador na função de relator tem mais chance de proferir um voto não deferente do que quando assume a função de vogal. Além disso, constatou-se também que julgadores que ingressam na magistratura pelo quinto constitucional têm mais chance de proferir votos não deferentes do que aqueles que ingressam no Tribunal via concursos e assumem o cargo de desembargador através de promoções na carreira. Nas próximas seções tentaremos explicar esses três achados empíricos.

Antes disso, é importante mencionar a não confirmação da hipótese da carga de trabalho. Esperava-se que quanto maior fosse a carga de trabalho, maior seria a chance de o desembargador apresentar um comportamento deferente, uma vez que sua situação, em termos de disponibilidade de tempo, estaria relativamente ainda mais dramática do que a dos demais colegas. Como o Gráfico 2 apresenta, essa expectativa não se mostrou de acordo com a realidade da nossa amostra – o coeficiente da carga de trabalho não apresentou significância estatística. Além disso, o sinal do coeficiente estava positivo, e não negativo como esperávamos, haja vista que deveria haver, segundo a hipótese, uma correlação negativa entre a carga de trabalho e a chance de decisões não deferentes.

Ressaltamos, todavia, que a mesma hipótese foi levantada e corroborada empiricamente por estudos realizados na Suprema Corte Norte-Americana, em cortes de apelação dos Estados Unidos (EPSTEIN, LANDES e POSNER, 2013) e no STF (ROSEVEAR, HARTMANN e ARGUELHES, 2015).

O nosso melhor palpite para explicar o distanciamento dos achados empíricos desta pesquisa para aqueles encontrados na literatura é o de que a carga de trabalho não afeta a chance de votos (não) deferentes em processos que tratam de questões jurídicas repetitivas, como é o caso da base de dados desta pesquisa. Em situações jurídicas repetitivas, como mostramos na Tabela 4, o voto “divergente” segue um padrão de copia e cola, o qual não implica um aumento excessivo da carga de trabalho.

TABELA 4 – GRAU DE SIMILARIDADE ENTRE VOTOS DIVERGENTES

DESEMBARGADORES	1		2		3	
	1	2	1	2	1	2
VOTOS						
GRAU DE SIMILARIDADE	99%	98%	99%	96%	93%	93%

Fonte: Elaboração dos autores.

Na Tabela 4 comparamos o grau de similaridade dos textos de dois votos não deferentes proferidos por três desembargadores utilizando um *software on-line* de detecção de plágio. O grau de similaridade¹⁵ vai de 0%, textos totalmente diferentes uns dos outros, a 100%, textos completamente iguais. Como se pode observar, o grau de similaridade entre os votos divergentes em alguns casos chega a 99%, indicando que foi alterado praticamente apenas o nome das partes de uma decisão para a outra.

Em outras palavras, uma vez criado o modelo da decisão não deferente pelo desembargador, basta que ele o replique para os casos seguintes, sem incorrer em uma diminuição do seu tempo disponível.

Outra hipótese para que a maior carga de trabalho não afete o padrão decisório dos desembargadores é a de que boa parte do trabalho de elaborar novas fundamentações divergentes é realizado pelas equipes de assessores do desembargador, fazendo com que o custo de tempo para a realização das divergências não afete diretamente o tempo livre do desembargador, podendo ser diluído no cotidiano da equipe de seu gabinete.

4. DISCUSSÃO

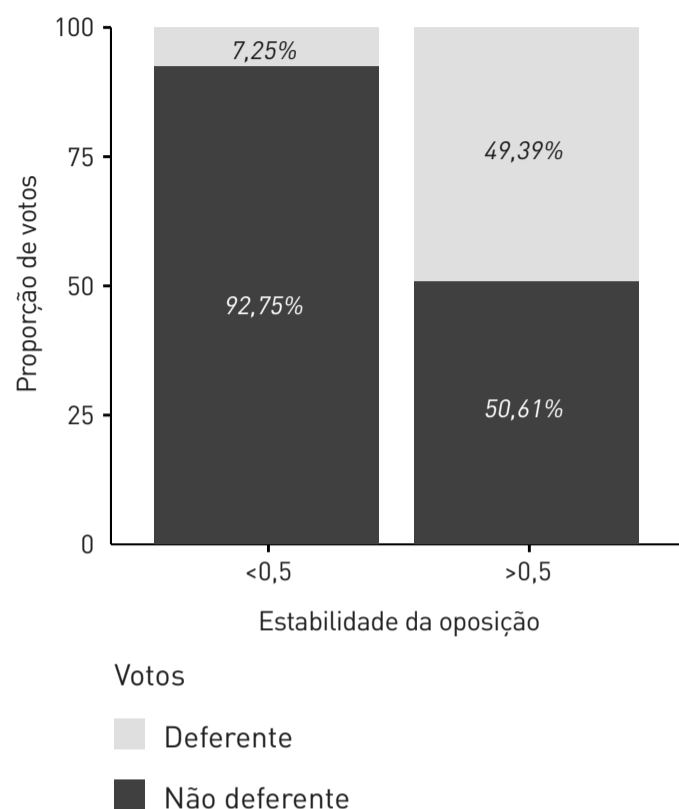
4.1. A ESTABILIDADE DA OPOSIÇÃO

Corroborando uma das hipóteses, nossos achados indicam que os desembargadores derrotados tendem a se conformar às maiorias em suas turmas ou câmaras, adotando uma postura deferente quando a oposição a eles for estável, ou seja, quando forem consistentemente derrotados. Mais especificamente, oposições majoritárias estáveis tendem a diminuir as chances de desembargadores minoritários apresentarem comportamentos não deferentes. Como o Gráfico 3 ilustra, a proporção de votos não deferentes quando a oposição majoritária é mais estável ($> 0,5$) é menor do que quando ela é instável ($< 0,5$).

...

15 Foi utilizado o *software on-line* Prepostseo, disponível em: <https://www.prepostseo.com/plagiarism-comparison-search>.

GRÁFICO 3 – PROPORÇÃO DE VOTOS (NÃO) DEFERENTES E ESTABILIDADE DA OPOSIÇÃO



Fonte: Elaboração dos autores.

A história de um dos desembargadores analisados ilustra didaticamente o efeito da oposição estável sobre a postura (não) deferente. Em 16 de março de 2016, o mencionado desembargador assumiu a relatoria de um recurso de agravo de instrumento no qual o agravante pleiteava a reforma de uma decisão que indeferia a concessão de liminar para a manutenção do fornecimento da substância “Fosfoetanolamina Sintética”, a qual supostamente auxiliaria no tratamento de câncer e na melhora do estado clínico dos pacientes.

Em seu voto como relator, o desembargador afirmou que a substância química deveria ser fornecida, embora ela não tivesse registro na Anvisa, não houvesse prescrição médica e nem prova de sua eficácia. Segundo o desembargador, a crença do paciente na eficácia do tratamento e na mitigação do seu sofrimento, aliado à aparente inexistência de efeitos colaterais, seriam motivos suficientes para a concessão da “Fosfoetanolamina Sintética”. Com base nesses argumentos, o desembargador analisado deu provimento ao recurso de agravo, sendo vencido por seus pares. A maioria da turma, seguindo o voto do 1º vogal, entendeu que não é possível impor ao poder público a concessão da substância química quando não há qualquer comprovação da sua eficácia e nem ao menos registro na Anvisa.

O mesmo resultado se repetiu em outros julgamentos realizados em 27 de abril de 2016 e 8 de junho de 2016, até que no dia 6 de julho de 2016 o desembargador analisado, novamente no papel de relator, informou que havia mudado de posicionamento. Em seu voto o desembargador indeferiu a concessão da substância química sob o argumento de que não

havia comprovação da sua eficácia, sendo agora acompanhado pela maioria. Daí em diante, o desembargador analisado foi contra a concessão do medicamento em todos os julgamentos.

É possível encontrar na literatura sobre comportamento judicial discussões sobre achados semelhantes. De acordo com George (1998, p. 1661), “[j]uízes podem dar um voto contrário à sua ideologia porque eles preferem vencer (ou serem vistos como vencedores), ou, talvez, porque eles têm aversão à derrota”.¹⁶ Nesse sentido, já que oposições majoritárias estáveis implicam mais derrotas para o julgador minoritário do que majorias instáveis, é mais provável que um desembargador avesso à derrota seja mais deferente no primeiro caso do que no segundo.

Outro aspecto relacionado à deferência perante uma maioria estável pode se relacionar com a preocupação do magistrado com sua reputação perante seus pares. Sunstein (2002, p. 3), por exemplo, afirma que “dissidentes tendem a ser vistos como individualistas, direcionados para seus próprios projetos pessoais”.¹⁷ Esse argumento também parece estar em sintonia com os resultados alcançados. É razoável pensar que quanto mais estável for a maioria, mais intensa será a impressão de que o julgador minoritário é individualista, motivo pelo qual este tenderá a se curvar, mais frequentemente, ao posicionamento majoritário.

Isso ocorre porque quanto mais estável for a oposição majoritária, maior será o número de vezes que o desembargador deverá enfrentá-la, caso deseje manter seu posicionamento não deferente. Inversamente, se a maioria for instável, o número de vezes em que ele deverá enfrentá-la é menor, reduzindo-se assim a pressão social que recai sobre ele e, portanto, aumentando a probabilidade de o desembargador minoritário proferir votos não deferentes.

Os resultados encontrados também estão de acordo com as observações empíricas que versam sobre a conformidade em órgãos colegiados (SUNSTEIN *et al.*, 2006). Segundo tais estudos, um juiz republicano tende a votar de maneira mais liberal quando o órgão é composto por outros dois juízes democratas e, inversamente, um juiz liberal tende a votar de modo mais conservador se o órgão é composto por outros dois juízes republicanos.¹⁸ Em outras palavras, esses trabalhos evidenciam que o posicionamento majoritário exerce um constrangimento sobre as preferências pessoais do julgador minoritário, levando-o a se alinhar à maioria. Os nossos achados indicam precisamente o mesmo: um julgador minoritário diante de uma oposição majoritária estável tende a abrir mão do seu posicionamento e se alinhar ao posicionamento da maioria.

•••

16 Tradução livre de “Justices may cast a vote contrary to their ideological position because they like to win (or to be perceived as winners), or perhaps because they are loss averse”.

17 Tradução livre de “[...] dissenters tend to be seen as selfish individualists, embarking on projects of their own”.

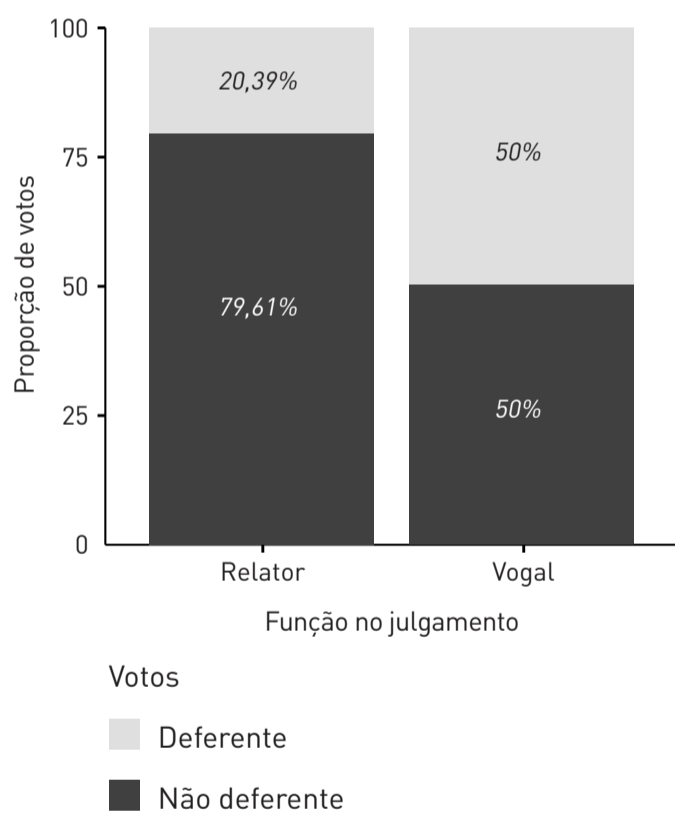
18 Nos Estados Unidos, o Partido Republicano é considerado conservador e o Partido Democrata, liberal. Como os juízes federais são indicados pelo presidente da República, eles são classificados a partir da filiação partidária dos presidentes pelos quais foram indicados.

Esses resultados convergem com a experiência da juíza federal Diane Wood, da Corte de Apelação do Sétimo Circuito dos Estados Unidos. De acordo com Wood (2012), votos divergentes podem criar tensões entre os membros do órgão colegiado. Por mais técnica que seja a divergência, há um risco de os julgadores se sentirem pessoalmente ofendidos. Além disso, esse risco se eleva à medida que aumenta a frequência da abertura de divergências. Dessa maneira, a fim de manterem uma certa coesão dentro do grupo, os juízes pensam cuidadosamente antes de desafiar a maioria, por mais que discordem do posicionamento majoritário (WOOD, 2012).

4.2. POR QUE OS VOGAIS DEFEREM MAIS DO QUE OS RELADORES?

Os resultados empíricos também corroboram a hipótese de que o mesmo desembargador tenha mais chance de proferir um voto não deferente quando assume a função de relator do que quando assume a função de vogal. O Gráfico 4 demonstra isso.

GRÁFICO 4 – PROPORÇÃO DE VOTOS (NÃO) DEFERENTES E FUNÇÃO NO JULGAMENTO



Fonte: Elaboração dos autores.

Novamente, a história de um dos desembargadores analisados é ilustrativa da maior tendência de os desembargadores deferirem para majorias quando são vogais do que na função de relator. Em 25 de maio de 2017, foi realizado o julgamento de um recurso em sentido estrito contra uma sentença que pronunciou o réu por homicídio tentado qualificado pelo feminicídio. Conforme é tratado na denúncia, o réu conversava com sua companheira, que

expressou a vontade de terminar o relacionamento amoroso que os dois até então mantinham. Inconformado com a decisão de sua companheira, o réu, fazendo uso de uma faca, desferiu diversas punhaladas contra ela, não logrando êxito em assassiná-la por circunstâncias alheias a sua vontade.

Nesse julgamento, o desembargador analisado assumiu o papel de relator e votou pela manutenção da sentença que havia pronunciado o réu,¹⁹ apenas reformando-a no ponto relativo à qualificadora de feminicídio. De acordo com o desembargador, existem dois problemas com essa qualificadora. Em primeiro lugar, ao prever a qualificação do crime apenas quando ele for cometido contra mulheres haveria uma ofensa ao princípio da igualdade entre homens e mulheres previsto no Art. 5º, inc. I da Constituição Federal. Em segundo lugar, seria também inconstitucional a presunção absoluta (*jure et de jure*) constante do Art. 121, §2º, inc. I, do Código Penal, segundo a qual o homicídio cometido contra a mulher envolvendo violência doméstica e familiar sempre implicaria feminicídio.

Aproximadamente cinco meses depois, em 26 de outubro de 2017, o desembargador atuou no julgamento de outro crime com circunstâncias muito similares às do primeiro. No entanto, nesse recurso o mesmo desembargador, agora assumindo a função de vogal, seguiu a maioria de sua turma, mantendo a sentença de pronúncia, inclusive com a qualificadora de feminicídio, sob o fundamento de que o crime envolvia violência doméstica. Passados mais alguns meses, em 22 de fevereiro de 2018, o desembargador na função de relator voltou a defender a inconstitucionalidade da qualificadora de feminicídio, sendo novamente vencido pela maioria.

Percebemos, a partir do caso relatado, que o mesmo desembargador, embora adote uma postura deferente quando ocupa o papel de vogal, adota uma postura não deferente quando ocupa o papel de relator. Quais motivos podem justificar essa diferença no comportamento? A explicação desse fenômeno passa pela compreensão dos diferentes objetivos que um mesmo desembargador pode ter a depender da função que ele ocupa no julgamento.

O desembargador minoritário na função de relator pode ter como um de seus objetivos a construção da sua autobiografia e uma eventual guinada da jurisprudência. Quando um jurista, advogado ou acadêmico cita uma decisão judicial, as principais informações são o tipo de julgamento (Recurso em sentido estrito, por exemplo), o número do processo e, sobretudo, o nome do relator. Nesse sentido, não deferir para a maioria na posição de relator pode significar também uma forma pela qual o desembargador constrói sua própria biografia. Ao dar um voto não deferente como relator, o desembargador evita que esses processos sejam colecionados em peças processuais como jurisprudência, garantindo, assim, que, mesmo deferindo

...

¹⁹ Uma sentença de pronúncia é uma sentença que decide se o julgamento do réu vai ou não para o tribunal do Júri.

perante a maioria na função de vogal, seu nome não seja vinculado à autoria de decisões judiciais que representam adesões a teses jurídicas com as quais ele não concorda.

Além disso, é possível que, a despeito do ônus de divergir da maioria, o desembargador relator reafirme seu entendimento minoritário com o objetivo de que algum advogado ou acadêmico capture seu voto como referência para defender a mesma posição e, talvez, no futuro, provoque uma mudança da jurisprudência. Agindo assim o desembargador no mínimo garante o prosseguimento do debate sobre alguma questão jurídica que ele considera importante.

Apesar desses dois objetivos poderem ter alguma relevância para o desembargador na função de vogal, possivelmente não são tão relevantes quanto 1) a manutenção do clima de colegialidade e 2) a redução da carga de trabalho. Ambos os objetivos somados aumentam a probabilidade de o desembargador vogal optar pela deferência à maioria.

Mas por que o desembargador minoritário na função de vogal teria objetivos distintos? O elemento-chave para compreender isso é a ordem de votações. A primeira decisão é uma responsabilidade do relator e deve conter uma estrutura completa: relatório, fundamentação e dispositivo. Por outro lado, as decisões subsequentes dos vogais, caso concordem com o relator, podem se resumir a uma única frase: “De acordo com o relator” – lembrando que apenas na hipótese de discordarem do relator é que os vogais precisam escrever um voto com fundamentação.

É justamente para maximizar a colegialidade do órgão a que pertencem e reduzir sua carga de trabalho que os desembargadores vogais têm maior probabilidade de deferir para a maioria, suprimindo sua divergência. Com um raciocínio semelhante, a juíza Wood explica que:

Por tudo isso, alguém poderia dizer, em defesa da elaboração de fundamentação de divergência, que não há dúvidas de que há custos associados a essa prática. Esses custos podem levar o juiz minoritário a abrir mão de sua jogada. O principal custo envolvido é óbvio: é preciso gastar tempo e energia para escrever uma divergência e os retornos para essa atitude são pequenos e raros.²⁰ (WOOD, 2012, p. 17)

4.3. CARREIRA *VERSUS* QUINTO CONSTITUCIONAL

Por fim, nosso terceiro achado empírico de interesse se encontra em uma das variáveis de controle e, portanto, não era previsto pelo modelo teórico, embora já imaginássemos uma chance de que pudesse surtir algum efeito, tanto que optamos por incluir a variável no modelo. Dessa

...

20 Tradução livre de: “For all that one might say in defense of separate writing, there is no doubt that there are costs associated with the practice. These costs may lead the outlier judge on the panel to ‘fold’. The leading cost is an obvious one: it takes time and energy to write separately, and the payoffs from separate writing are few and far between”.

forma, entendemos que temos o dever de também apresentar alguma razão para que desembargadores de carreira tenham menor chance de proferir um voto não deferente do que aqueles que ingressaram pelo quinto.

Nossa especulação aqui reside na diferença entre desembargadores de carreira e desembargadores do quinto constitucional. Uma vez que os de carreira atuaram por anos na primeira instância, eles foram treinados ao longo desse período para se conformarem ao posicionamento de outros magistrados, no caso, a segunda instância, quando faziam parte da primeira. Uma atuação mais conforme à jurisprudência pode, inclusive, estar relacionada ao menor volume de trabalho e à maior celeridade nos julgamentos, que podem entrar como fatores que favorecem a promoção do juiz na carreira.

Nesse sentido, desembargadores que ingressam pelo quinto podem estar querendo mostrar serviço e se diferenciar, razão pela qual eles possuem mais probabilidades de apresentar um voto não deferente. Enquanto desembargadores de carreira podem já estar enfasiados com o dia a dia do trabalho e de ter de tomar decisões, atentando-se de forma ativa apenas para alguns poucos casos que consideram mais importantes, desembargadores do quinto podem estar mais empolgados com o novo trabalho e, portanto, mais dispostos a levar todos os casos a sério, mantendo seus posicionamentos iniciais mesmo que venham a vê-los derrotados pela maioria. Pode ser também que os desembargadores do quinto tenham uma capacidade ainda menor, menos treinada, de se antecipar às majorias da turma ou câmara, e, por isso, sejam menos capazes de se antecipar e deferir perante os colegas.

Um resultado similar foi encontrado por Oliveira (2012b) no STF. A autora identificou que ministros com experiência na carreira da magistratura apresentavam padrões de votação diferentes dos demais. Mais especificamente, “Quanto maior a proporção de magistrados no Tribunal, maiores as chances de a decisão ser unânime” (OLIVEIRA, 2012b, p. 144).

Ressaltamos, no entanto, que tanto o efeito da forma de ingresso do magistrado em sua propensão a divergir, quanto as possíveis diferenças entre os dois tipos de magistrados ainda estão por serem estudadas com afinco pela literatura brasileira, para que possamos formar um entendimento mais consolidado sobre a questão. Lançamos, no entanto, nossas especulações nesse sentido com o objetivo de auxiliar na criação de novas explicações e hipóteses para pesquisas futuras.

CONCLUSÕES

No presente artigo, procuramos explicar o fenômeno da divergência em tribunais de segunda instância por meio das teorias estratégicas de comportamento judicial, especialmente aquelas que apontam para a existência de múltiplos objetivos na tomada de decisões dos juízes e desembargadores.

Os resultados que encontramos são relevantes mesmo se não levarmos em consideração a teoria e as explicações propostas. Saber que juízes decidem de forma diferente de acordo

com a ordem das decisões nos órgãos colegiados nos força a repensar tudo que imaginamos sobre o funcionamento de um órgão judicial colegiado, gerando mudanças que podem ser feitas por advogados e tomadores de decisões de políticas públicas que querem ver suas causas vencedoras ou suas políticas públicas implementadas com a menor intervenção judicial possível, por exemplo.

Entretanto, encontrar explicações relacionadas aos constrangimentos impostos por oposições majoritárias estáveis e pelas funções assumidas pelos desembargadores em cada julgamento, ambas situadas no marco teórico do comportamento estratégico de múltiplos objetivos, abre inúmeras possibilidades para o campo de pesquisa. Partindo do pressuposto que juízes podem ter objetivos não relacionados ao mérito do julgamento em questão ao decidirem em um determinado sentido ou outro, podemos ampliar nossa perspectiva de pesquisa e elaborar hipóteses ainda mais sofisticadas sobre quais seriam os objetivos que influenciam a atuação dos magistrados no Brasil.

Muito embora o artigo não trate especificamente do STF, os achados aqui podem implicar sugestões de análises interessantes também para essa linha de pesquisa. Atualmente, boa parte das controvérsias nas pesquisas sobre esse tribunal se dão em torno dos padrões de agrupamento dos ministros nas votações, com pesquisadores sugerindo uma fragmentação tão grande que se poderia falar em um Supremo Tribunal individual (ARGUELHES e RIBEIRO, 2018; SILVA, 2013), enquanto outros artigos apontam para um caráter mais agrupado de comportamento (ARAÚJO, 2017, 2018; MARIANO SILVA, 2016, 2018; OLIVEIRA, 2017). O mecanismo apresentado neste artigo pode, nesse sentido, não apenas ajudar a compreender o caráter mais ou menos fragmentado das decisões do STF, como também oferecer uma hipótese para explicar porque eles se agrupam ou não.

O presente artigo se configura, assim, como inovador não apenas no sentido de seus achados empíricos, mas principalmente nos efeitos que pode ter sobre o campo de pesquisa das instituições de justiça no Brasil, tanto no que diz respeito à discussão teórica sobre como magistrados se comportam, quanto no que diz respeito à abertura de possibilidade de olharmos para outros fatores que influenciam as decisões, para além das preferências políticas dos magistrados, bem como para instâncias judiciais além do Supremo Tribunal Federal.

AGRADECIMENTOS

Os autores agradecem à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), ao Instituto da Democracia e da Democratização da Comunicação (INCT) e à Casa de Rui Barbosa pela bolsa que financiou parte da pesquisa resultante no trabalho apresentado. Agradecem também aos presentes nas sessões da área temática

“Política, Direito e Judiciário” do 11º Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP) e no Simpósio de Pesquisa Pós-Graduada (SPG) 28 do 42º Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS) pelos comentários e sugestões de melhoria em uma versão inicial deste trabalho, em especial a Fabricio Tomio, Andrei Koerner, Leon Barbosa, Jefferson Mariano Silva, Andressa Lewandowski e Shandor Torok. Por fim, agradecem a Natália Tsuyama Cócolo e Gabriela Hoffer pelo auxílio na confecção do fluxograma.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, Cebrap, v. 43, p. 45-63, nov. 1995.

ALMEIDA, Guilherme; NUNES, José Luiz; CHAVES, Luciano. *Explicando o dissenso: uma análise empírica do comportamento judicial do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte dos Estados Unidos*. 2019. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3428679>

ARAÚJO, Mateus Moraes. Ligando os pontos entre a política de indicações e a política das decisões judiciais no STF. In: MARONA, Marjorie Corrêa; DEL RIO, Andrés (orgs.). *Justiça no Brasil: nas margens da democracia*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

ARAÚJO, Mateus Moraes. *Comportamento estratégico no Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado em Ciência Política) – UFMG, Belo Horizonte, 2017.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, 2018.

ATKINS, Burton; GREEN, Justin. Consensus on the United States Courts of Appeals: Illusion or Reality. *American Journal of Political Science*, v. 20, n. 4, 735-748, 1976.

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

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New Haven: Yale University Press, 1986.

CLARK, Tom S. *The Limits of Judicial Independence (Political Economy of Institutions and Decisions)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

DESPOSATO, Scott; INGRAM, Matthew; LANNES JR., Osmar. Power, Composition, and Decision Making: The Behavioral Consequences of Institutional Reform on Brazil's Supremo Tribunal Federal. *Journal of Law Economics and Organization*, v. 31, n. 3, p. 534-567, 2014.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The Choices Justices Make*. Washington, DC: CQ Press, 1997.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Behavior of Federal Judges – A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

FEREJOHN, John A.; WEINGAST, Barry R. A Positive Theory of Statutory Interpretation. *International Review of Law and Economics*, v. 12, p. 263-279, 1992.

GEORGE, Tracey E. Developing a Positive Theory of Decisionmaking on U.S. Courts of Appeals. *Ohio State Law Journal*, v. 58, n. 5, 1998.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Brasília: UNB, 1984.

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

HORTA, Ricardo de Lins e. Argumentação, Estratégia e Cognição: Subsídios para a formulação de uma Teoria da Decisão Judicial. *Revista Eletrônica Direito e Liberdade*, v. 18, p. 151-193, 2016.

LOPES, Felipe de Mendonça. Dissent Aversion and Sequential Voting in the Brazilian Supreme Court. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 16, p. 933-954, 2019.

MAGALHÃES, Lucas F. 2020. *Preferências políticas importam? Uma análise das sentenças criminais proferidas pelos Juízes do Estado de São Paulo*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais (Dissertação de Mestrado).

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J. *Crafting Law on the Supreme Court – The Collegial Game*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

MARIANO SILVA, Jeferson. Mapeando o Supremo: As posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017) 1. *Novos Estudos*, n. 110, p. 34-54, 2018.

MARIANO SILVA, Jeferson. *Jurisdição constitucional em Espanha (1981-1992) e Brasil (1988-1997)*. 2016. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do IESP-UERJ, 2016, 401p.

MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes da. Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal: Ampliando sua legitimidade democrática? *Revista Teoria e Sociedade*, n. 22.1, 2014.

MARTINS, Rodrigo. *Pontos de divergência: Supremo Tribunal Federal e comportamento judicial*. 2018. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, 2018.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Quando a corte se divide: coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 3, p. 1863-1908, 2017.

OLIVEIRA, Fabiana Luci 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, p. 89-115, 2012a.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório do Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n. 44, p. 139-153, 2012b.

PAIM, Luis Fernando Nunes Alves; BATT, Carine Raquel; SACCANI, Gabriela; GUERREIRO, Irene Clemes Küllkamp. Qual é o custo da prescrição pelo nome de marca na judicialização do acesso aos medicamentos? *Cadernos Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, p. 201-209, 2017.

POSNER, Richard A. What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does). *Supreme Court Economic Review*, v. 3, p. 1-41, 1993.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, estratégias e motivações: pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. *Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, p. 85-121, 2013.

ROSEVEAR, Evan; HARTMANN, Ivar Alberto M.; ARGUELHES, Diego Werneck. *Disagreement on the Brazilian Supreme Court: An Exploratory Analysis*. SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, October 31, 2015. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2629329. Acesso em: 7 nov. 2021.

SCHUBERT, Glendon A. *The Judicial Mind Revisited: Psychometric Analysis of Supreme Court Ideology*. New York: Oxford University Press, 1974.

SCHUBERT, Glendon A. *The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices, 1946–1963*. Evanston, IL: Northwestern University Press, 1965.

SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert. Ideological Values and Votes of U.S. Supreme Court Justices. *American Political Science Review*, v. 3, p. 557-565, 1989.

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

SILVA, Naiane Louback da. A judicialização do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social. *Serviço Social & Sociedade [on-line]*, n. 111, p. 555-575, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without Deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

SUNSTEIN, Cass R. Conformity and Dissent. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, n. 34, 2002.

SUNSTEIN, Cass R. *et al. Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

WOOD, Diane P. When to Hold, When to Fold, and When to Reshuffle: The Art of Decision-making on a Multi-Member Court. *California Law Review*, v. 1445, 2012.

ANEXO I – RESULTADO DOS MODELOS DE REGRESSÃO LOGÍSTICA

	VARIÁVEL DEPENDENTE:					
	VOTO DO DESEMBARGADOR (1 – NÃO DEFERENTE; 0 – DEFERENTE)					
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
ESTABILIDADE DA OPOSIÇÃO	-4,444*** (0,676)	-5,003*** (0,757)	-5,008*** (0,756)	-5,874*** (0,881)	-5,878*** (0,882)	-5,807*** (0,975)
FUNÇÃO NO JULGAMENTO - RELATOR. REF.: VOGAL		1,800*** (0,365)	1,807*** (0,367)	1,942*** (0,385)	1,943*** (0,386)	1,956*** (0,400)
CARGA DE TRABALHO			0,001 (0,001)	0,0004 (0,001)	0,0004 (0,001)	0,001 (0,002)
ORIGEM – QUINTO CONSTITUCIONAL. REF.: CARREIRA				1,354*** (0,443)	1,359*** (0,447)	1,597*** (0,555)
ORIGEM – JUIZ SUBSTITUTO. REF.: CARREIRA				1,010* (0,548)	1,013* (0,549)	0,700 (0,591)
MATÉRIA – CÍVEL. REF.: CRIMINAL					-0,039 (0,397)	0,039 (0,414)
TRIBUNAL – TJSP. REF.: TJRS						-0,209 (0,791)
TEMPO DE CARREIRA						-0,0001 (0,0001)
CONSTANTE	3,630*** (0,538)	3,308*** (0,571)	3,019*** (0,683)	3,157*** (0,755)	3,182*** (0,795)	3,368*** (0,828)
OBSERVAÇÕES	233	233	233	233	233	225
LOG LIKELIHOOD	-119,450	-105,537	-105,251	-99,512	-99,507	-94,302
AKAIKE INF. CRIT.	242,901	217,074	218,502	211,025	213,015	206,604

NOTA: COEFICIENTE (ERRO PADRÃO). *P<0,1; **P<0,05; ***P<0,01

Fonte: Elaboração dos autores.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ARAÚJO, Mateus Morais;
MAGALHÃES, Lucas Fernandes.
Como os desembargadores reagem
a derrotas? *Revista Direito GV*, São
Paulo, v. 17, n. 3, set./dez. 2021, e2135.
<https://doi.org/10.1590/2317-6172202135>

Mateus Morais Araújo

DOUTOR EM CIÊNCIA POLÍTICA PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE
MINAS GERAIS (UFMG). ESPECIALISTA EM POLÍTICAS PÚBLICAS E
GESTÃO GOVERNAMENTAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS E
PESQUISADOR DO OBSERVATÓRIO DA JUSTIÇA NO BRASIL E NA
AMÉRICA LATINA.

mateus.m.araujo@gmail.com

Lucas Fernandes de Magalhães

MESTRE EM CIÊNCIA POLÍTICA PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE
MINAS GERAIS (UFMG). PESQUISADOR DO OBSERVATÓRIO DA
JUSTIÇA NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA.

lucas_fernandes91@hotmail.com