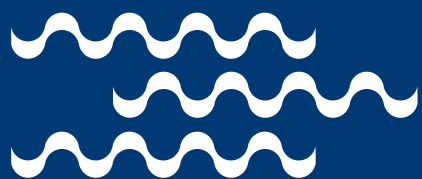


Melhores trabalhos de conclusão
de curso de Graduação em Direito

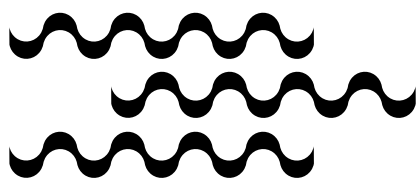
ALESSANDRA CORRÊA CID
MARCOS PATRICK NUNES ALVES
HELENA ANTUNES TEICH
LUIZ CARLOS PENNER RODRIGUES DA COSTA



Coleção Jovem Jurista

2019

 **FGV DIREITO RIO**



Coleção Jovem Jurista

2019

Edição produzida pela FGV Direito Rio

Praia de Botafogo, 190 | 13º andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22.250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/direitorio

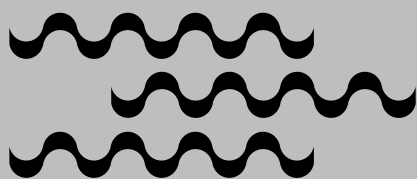
**Melhores trabalhos de conclusão de
Curso de Graduação em Direito**

ALESSANDRA CORRÊA CID

MARCOS PATRICK NUNES ALVES

HELENA ANTUNES TEICH

LUIZ CARLOS PENNER RODRIGUES DA COSTA



Coleção Jovem Jurista

2019

Edição FGV Direito Rio

Obra Licenciada em Creative Commons

Atribuição — Uso Não Comercial — Não a Obras Derivadas



Impresso no Brasil

Fechamento da 1ª edição em dezembro de 2019

Este livro consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional.

Este material, seus resultados e conclusões são de responsabilidade dos autores e não representam, de qualquer maneira, a posição institucional da Fundação Getúlio Vargas / FGV Direito Rio.

Coordenação: Rodrigo Vianna, Sérgio França e Thaís Mesquita

Capa: Zabad

Diagramação: Leandro Collares — Selênia Serviços

1ª revisão: Daniele Gullo

2ª revisão: Erika Alonso

Ficha catalográfica elaborada pela
Biblioteca Mario Henrique Simonsen / FGV

Coleção Jovem Jurista / Alessandra Corrêa Cid...[et al.]. – Rio de Janeiro: FGV Direito Rio. – 2019.
228 p.

Conteúdo: Cid, Alessandra Corrêa. Construção de um modelo preditivo para decisões do STF em ações diretas de inconstitucionalidade. – Alves, Marcos Patrick Nunes. A constitucionalidade da instituição de políticas de cotas raciais na iniciativa privada à luz da jurisprudência do STF. – Teich, Helena Antunes. Intuição e decisão jurídica: uma análise da heurística da representatividade na tomada de decisão judicial. – Costa, Luiz Carlos Penner Rodrigues da. Presidentes fracos: legados de perda e poder para o cargo da presidência da República.

Inclui bibliografia.
ISSN: 2179-0906

1. Juízes – Decisões. 2. Supremo Tribunal Federal. 3. Ação de inconstitucionalidade. 4. Discriminação racial. 5. Separação de poderes. 6. Impedimentos. I. Cid, Alessandra Corrêa. II. Alves, Marcos Patrick Nunes. III. Teich, Helena Antunes. IV. Costa, Luiz Carlos Penner Rodrigues da. V. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

CDD — 340

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
CONSTRUÇÃO DE UM MODELO PREDITIVO PARA DECISÕES DO STF EM AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE	11
ALESSANDRA CORRÊA CID	
A CONSTITUCIONALIDADE DA INSTITUIÇÃO DE POLÍTICAS DE COTAS RACIAIS NA INICIATIVA PRIVADA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF	53
MARCOS PATRICK NUNES ALVES	
INTUIÇÃO E DECISÃO JURÍDICA: UMA ANÁLISE DA HEURÍSTICA DA REPRESENTATIVIDADE NA TOMADA DE DECISÃO JUDICIAL	119
HELENA ANTUNES TEICH	
PRESIDENTES FRACOS: LEGADOS DE PERDA DE PODER PARA O CARGO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA	165
LUIZ CARLOS PENNER RODRIGUES DA COSTA	

APRESENTAÇÃO

Chegamos à nona edição da Coleção Jovem Jurista, editada pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas e criada para divulgar, a cada ano, os trabalhos premiados por sua excelência e aspectos inovadores produzidos por discentes da graduação em Direito. Este volume traz os trabalhos de conclusão de curso vencedores dos prêmios Miranda Rosa de Qualidade e Alfredo Lamy Filho de Inovação, bem como as respectivas menções honrosas recebidas, dentre os trabalhos apresentados, nos anos de 2018/2019.

O Prêmio Alfredo Lamy Filho de Inovação foi concedido à Alessandra Corrêa Cid, pelo trabalho “Construção de um modelo preditivo para decisões do STF em Ações Diretas de Inconstitucionalidade”, em que se objetiva o início da construção de um modelo de previsão de decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal (STF), utilizando-se de um algoritmo de *machine learning*. Seu trabalho contou com a orientação do professor Leandro Molhano e coorientação do professor Renato Rocha. Trata-se de mais um fruto do programa de dupla graduação entre as Escolas de Direito (FGV Direito Rio) e de Matemática Aplicada (FGV EMap).

Alessandra enfrentou o desafio de iniciar o desenvolvimento de um modelo preditivo de decisões do STF em Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Esse modelo preditivo leva em consideração fatores cognitivos, econômicos e institucionais nas decisões. O estudo desenvolvido utilizou um algoritmo de *machine learning*, denominado *random forest*, com objetivo de indicar quais os elementos relevantes (alguns desses elementos são as partes envolvidas, a data da decisão, o ministro relator do caso) e os fatores do processo judicial (cognitivo, econômico ou institucional) que podem impactar a decisão judicial.

O algoritmo foi aplicado duas vezes, atingindo taxas expressivas de acerto de resultados (85% e 90%) e sugerindo que o uso de mecanismos inovadores e tecnológicos pode contribuir, para analisar a importância e o peso de cada elemento e de cada fator que impactam no processo decisório judicial.

O trabalho intitulado “Intuição e decisão jurídica: uma análise da heurística da representatividade na tomada de decisão judicial”, produzido por Helena

Antunes Teich, sob orientação do professor Fernando Ângelo Ribeiro Leal, foi o trabalho que recebeu menção honrosa nesta mesma categoria.

Com o mesmo foco no processo de tomada de decisão judicial, Helena desenvolveu uma pesquisa, para testar se a influência heurística da representatividade poderia originar eventuais ocorrências de erro, na tomada de decisão judicial. O trabalho envolveu coleta de dados por meio da aplicação de questionários respondidos tanto por juízes quanto por alunos de cursos de graduação em Direito. A análise comparativa dos dois grupos buscava investigar a influência da experiência e do maior conhecimento, na área, como um fator limitador de vieses, no processo de tomada de decisão.

Marcos Patrick Nunes Alves foi o vencedor do prêmio Miranda Rosa de qualidade, pela produção do trabalho “A constitucionalidade da instituição de políticas de cotas raciais na iniciativa privada à luz da jurisprudência do STF” sob a orientação do professor Diego Werneck Arguelhes. O objetivo principal desta pesquisa foi investigar se as proposições legislativas de instituir a obrigatoriedade de reserva de vagas para a população negra, em setores da iniciativa privada, são compatíveis com o entendimento do STF.

Na análise contundente e de perceptível qualidade feita por Alves, observa-se que, em razão da constante discriminação racial persistente, nesse país, torna-se indispensável que os critérios empregados pelos ministros do STF, para justificar as ações afirmativas, em casos passados, estejam presentes nos projetos de lei que venham disciplinar a matéria.

A banca examinadora do prêmio Miranda Rosa de Qualidade ainda premiou com uma menção honrosa o trabalho “Presidentes fracos: legados de perda de poder para o cargo da Presidência da República”, escrito por Luiz Carlos Penner Rodrigues da Costa, sob a orientação do professor Diego Werneck Arguelhes.

Para o autor, sendo o poder legislativo o mais importante à disposição da Presidência da República, um presidente despreparado é capaz de abrir mão desse “privilegio”, ocasionando na perda de poderes em meio ao conflito **sobre** regras, o que acontece em um jogo político, no qual atores políticos se aproveitam dessa brecha para tentarem ampliar suas próprias competências e esse legado poderá se perpetuar. Essa demonstração se faz pelo caso específico de devolução de medidas provisórias, abordado por Costa, neste estudo.

A excelência dos trabalhos apresentados é uma das provas do compromisso da FGV Direito Rio de fomentar um modelo de ensino que sirva de estímulo às experiências de qualidade e inovação no horizonte jurídico. Os trabalhos dispostos, nesta coleção, refletem esse panorama, a partir de estudos voltados para problemas de importância jurídica ao país, região ou sociedade.

Isto significa pensar o Direito com engajamento e postura crítica, voltando os olhos para a realidade. E os nossos alunos mostram-se imbuídos desse espírito. Esperamos, com esta iniciativa, continuar a incentivá-los, na busca por uma formação humanística marcada pela capacidade de apreensão, reflexão e produção criativa do Direito.

Thiago Bottino

Coordenador da Graduação da FGV Direito Rio

CONSTRUÇÃO DE UM MODELO PREDITIVO PARA DECISÕES DO STF EM AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

ALESSANDRA CORRÊA CID

Resumo

Este trabalho objetiva iniciar a construção de um modelo de previsão de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) utilizando um algoritmo de *machine learning*. A ideia que guia este trabalho é a de que, testando-se e avaliando-se elementos do processo decisório judicial, que são importantes para a realização de uma análise preditiva da decisão, é possível delimitar como e quais fatores podem estar influenciando no processo decisório. Para tanto, inicialmente, analisa-se a literatura que estuda a influência de fatores cognitivos, econômicos e institucionais nas decisões. Em um segundo momento, desenvolve-se um modelo preditivo de decisões do STF em Ações Diretas de Inconstitucionalidade, utilizando um algoritmo de *random forest*. O algoritmo foi aplicado duas vezes. Na primeira, considerou-se os seguintes elementos como *features* do modelo: (i) relatórios das decisões; (ii) ano em que a decisão foi publicada; (iii) ministro relator; e (iv) requerente. Na segunda aplicação, foi considerado, além do mencionado anteriormente, o voto do ministro relator. Na primeira aplicação, o algoritmo acertou o resultado de 85% dos casos previstos e, na segunda aplicação, acertou 90% dos resultados. A partir disso, foi analisada a importância de cada *feature* para a realização da análise preditiva. Esse exame permitiu discutir e delimitar como e quais fatores psicológicos, econômicos e institucionais podem estar influenciando no processo decisório judicial.

Palavras-chave

Análise preditiva. *Machine learning*. *Random forest*. Supremo Tribunal Federal. Ações diretas de inconstitucionalidade. Processo decisório judicial.

Abstract

The goal of this paper is to initiate the construction of a predictive model of decisions of the Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal) in “Ações Diretas de Inconstitucionalidade” using a machine learning algorithm. We consider that by testing and evaluating the elements of the judicial decision-ma-

king process that are relevant to perform a predictive analysis of the decisions, it is possible to narrow down how and which factors can influence the decision making process. To do so, first, we analyzed the literature that studies the influence of cognitive, economic and institutional factors on decisions. Then, we began the construction of the predictive model using a random forest algorithm. The algorithm was applied twice. The first time, the algorithm was input with the following features: (i) the report of the case; (ii) the year in which the decision was published; (iii) the judge rapporteur; and (iv) the claimant. The second time, in addition to these features, the vote of the judge rapporteur was also considered. In the first application, the algorithm predicted 85% of the cases correctly and, in the second time, 90% of the cases. From these results, the importance of each feature for the prediction was analyzed. This process allowed us to discuss and narrow down how and which cognitive, economic and institutional factors could be influencing the judicial decision-making process.

Keywords

Predictive analysis. Machine learning. Random forest. Supremo Tribunal Federal. Judicial decision-making process.

1 Introdução

As decisões tomadas por juízes dos mais diversos níveis hierárquicos provocam profundo impacto na sociedade. Contudo, apesar da relevância dessas decisões, não é tarefa trivial avaliá-las como boas ou ruins¹. A alternativa mais comum consiste em verificar aspectos jurídicos objetivos, como quais fatos e dispositivos foram analisados na decisão, mas ainda resta uma parte significativa do direito que está sujeita à interpretação do magistrado e que, para ser avaliada, depende de como cada indivíduo percebe o direito vigente². Isso acontece porque a lei não fornece uma resposta exata para todos os casos³. É necessário, então, que o magistrado escolha um método interpretativo para decidir como e quais leis aplicar ao caso em questão. Nesse exercício, há espaço para que um juiz seja influenciado por diversos fatores externos ao direito.

Um dos fatores que podem influenciar magistrados são os chamados vieses cognitivos. Estes consistem em “atalhos” que auxiliam os indivíduos a tomarem decisões mais rápidas. Apesar de serem essenciais para auxiliar os seres humanos a tomarem decisões no dia a dia, vieses cognitivos podem ser nocivos caso impactem indivíduos, especialmente magistrados, durante o seu exercício profissional, sem que eles percebam. Alguns exemplos de vieses são o da an-

1 POSNER, Richard A. **How judges think**. [s.l.]: Harvard University Press, 2010. p. 3.

2 Ibid.

3 SCHAUER, Frederick, **Thinking like a lawyer**. [s.l.]: Harvard University Press, 2009.

coragem⁴, o *framing*⁵ e o *hindsight bias*⁶, que podem levar, respectivamente, juízes a (i) basear determinado valor de sua decisão em um número com qual tiveram contato, não necessariamente ligado ao processo, (ii) a enxergar a sua decisão somente por um ponto de vista de perda ou ganho e (iii) a superestimar a sua capacidade de prever que um evento aconteceria.

De acordo com Richard Posner, magistrados também podem ser influenciados em suas decisões por possibilidades de promoção na carreira, salário, ganhos de reputação e tempo dedicado ao trabalho e ao lazer⁷. Nesse sentido, juízes seriam, como quaisquer outros seres humanos, maximizadores da sua função utilidade, reagindo aos incentivos da carreira no judiciário.

Por fim, também é possível considerar a influência de questões institucionais na tomada de decisão de juízes. Essa influência pode se originar (i) das regras institucionais do judiciário, que limitam o comportamento dos juízes ou (ii) da relação dos magistrados com outros atores políticos do país. Em relação à primeira forma, é possível mencionar três modelos sobre comportamento judicial baseados no judiciário dos Estados Unidos: o “legal”, o “atitudinal” e o “estratégico”. Ribeiro e Arguelhes⁸ analisam como eles poderiam ser aplicados ao Brasil e mostram que fatores institucionais do Supremo Tribunal Federal (STF) podem afetar hipóteses desses modelos sobre como os magistrados se comportam. Na segunda forma de influência, magistrados e, em especial, os ministros do STF, seriam provocados a realizar uma opção por exercer ou não um poder político, ou seja, a atuar ou não no campo político junto a outros atores. Arguelhes⁹ mostra que é possível identificar momentos em que ministros do STF optaram por, até mesmo, reduzir o poder político do Tribunal, apesar de condições externas que, consideradas isoladamente, poderiam indicar elevada atuação política da Corte.

Assim, é possível verificar que diversos fatores exógenos, além do próprio direito, são capazes de influir na tomada de decisão judicial. A identificação de quais são esses fatores é importante para a melhor compreensão da sociedade em relação ao processo decisório judicial. A construção de um modelo preditivo pode contribuir para ampliar essa compreensão na medida em que permite enumerar elementos das decisões capazes de explicar com maior precisão os

4 GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J; WISTRICH, Andrew J. Inside the judicial mind. **Cornell L. Rev.**, v. 86, p. 777, 2000.

5 Ibid.

6 Ibid.

7 POSNER, Richard A. What do judges maximize? (The same thing everybody else does). 3 SUP. CT, **Econ. Rev.**, v. 1, p. 3-4, 1993.

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

9 ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. **Universitas Jus**, v. 25, n. 1, 2014.

seus resultados. Nesse sentido, ao indicar quais *elementos* (*features*) testados na análise preditiva são relevantes para determinar o resultado das decisões judiciais (e.g., partes envolvidas, data, relator, tema, entre outros), o modelo preditivo permite delimitar os *fatores* do processo judicial (cognitivo, econômico ou institucional) que podem influenciar a tomada de decisão — possibilitando, assim, que essas influências sejam melhor estudadas¹⁰.

Como exemplo, é possível considerar um modelo preditivo que identifique que o elemento mais relevante para a realização de uma previsão seja qual foi o juiz envolvido na decisão do caso. A partir desse dado, é possível realizar estudos mais aprofundados, analisando os possíveis fatores que podem levar esse elemento a ser considerado como o mais relevante. Uma possível explicação para esse resultado seria a incidência de vieses cognitivos. Outra explicação viável seria a de que é possível associar a determinados juízes um padrão de votação orientado a uma atuação política do Judiciário, tornando previsíveis as suas decisões. Da mesma forma, caso o elemento mais relevante para uma análise preditiva sejam as partes do caso, seria possível considerar que os juízes estivessem sendo mais parciais para determinados requerentes. Contudo, o resultado poderia indicar também que determinadas partes possuem advogados melhores e, por isso, é comum que os pedidos delas sejam deferidos. Em qualquer caso, a análise preditiva tem o importante papel de delimitar quais são os possíveis elementos do processo decisório judicial que merecem ser mais bem estudados para que se compreenda a influência de diferentes fatores no processo decisório judicial.

Nesse sentido, a ideia que norteia este trabalho é a de que, testando-se e avaliando-se elementos do processo decisório, que são importantes para a realização de uma análise preditiva da decisão judicial, é possível delimitar como e quais fatores podem influenciar no processo decisório. O objetivo deste trabalho é, portanto, de iniciar a construção de um modelo preditivo das decisões do STF utilizando um algoritmo de *machine learning*.

Outros trabalhos já utilizaram abordagens semelhantes. Nos Estados Unidos, Katz, Bommarito e Blackman¹¹ utilizaram um algoritmo de *random forest*¹²

10 A distinção terminológica utilizada neste parágrafo será adotada ao longo do artigo para fins didáticos. Considera-se que *elementos* ou *features* são os aspectos concretos e imediatos que formam os contextos em que as decisões são tomadas (como o relator, a data, o resultado da decisão, os Ministros que votaram etc.). Já os *fatores* são os tipos de influências não imediatamente observáveis que podem explicar as decisões judiciais (vieses cognitivos específicos, expectativa de promoção dos juízes, interações institucionais etc.). Os elementos de um certo contexto decisório podem determinar quais fatores melhor explicam as decisões judiciais, havendo entre eles, assim, uma relação de causa e efeito.

11 KATZ, Daniel Martin; BOMMARITO, Michael J.; BLACKMAN, Josh. A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States. **PLOS ONE**, v. 12, n. 4, p. e0174698, 2017.

12 Conforme será descrito na sessão 4.1.4, *random forest* é um algoritmo de *machine learning* composto por diferentes árvores de decisão. Essas árvores são construídas a partir da base

para prever as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos e como cada *justice* votaria nos casos. Stern e Zhu¹³ também obtiveram sucesso utilizando um algoritmo de *Support Vector Machine* (SVM) para prever as decisões da Suprema Corte americana. Na Europa, Aletras et al.¹⁴ utilizaram um algoritmo de SVM para prever o resultado de decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Para este trabalho, optou-se por iniciar a construção de um modelo preditivo das decisões do STF em Ações Diretas de Inconstitucionalidade utilizando um algoritmo de *random forest*. A opção pela utilização de um algoritmo de *machine learning* se deu por este ser um método que permite realizar a previsão não só por dados objetivos sobre o processo decisório, mas também por textos envolvidos no julgamento, como o relatório da decisão. Optou-se pelo estudo do STF, pois as suas decisões são de extrema relevância, sendo o Tribunal mais importante do país e possuindo a palavra final sobre a compatibilidade de atos normativos com a Constituição de 1988. Além disso, conforme indica Posner¹⁵, é relevante estudar o comportamento judicial com base na atuação de ministros de uma Suprema Corte, pois estes magistrados possuem mais liberdade para decidir do que outros, já que têm a palavra final dentro da hierarquia do Judiciário.

Este trabalho está dividido em outras cinco partes. A segunda parte trata, de forma mais aprofundada, dos aspectos que podem influenciar o processo decisório de juízes. A terceira descreve os estudos semelhantes a este já realizados. Em seguida, a quarta parte trata da metodologia do trabalho, das limitações da pesquisa e dos resultados. A quinta parte consiste em uma discussão sobre os resultados da pesquisa. Por fim, a sexta parte conclui o trabalho.

2 Fatores capazes de influir em decisões judiciais

2.1 Vieses cognitivos

Como visto acima, ao apontar elementos de decisões que são relevantes para determinar o resultado de um caso, este trabalho pode contribuir para o estudo sobre fatores que influem no processo decisório de tribunais, ao exemplo dos

de dados de treino do algoritmo. Ao receber a base de dados para teste, cada uma dessas árvores estima a probabilidade do caso em questão ser julgado como procedente ou improcedente.

13 STERN, Henri; ZHU, Michael. Predicting Supreme Court Decisions using supervised learning. Disponível em: <http://docplayer.net/78135288-Predicting-supreme-court-decisions-using-supervised-learning.html>. Acesso em: 6 nov. 2018.

14 ALETRAS, Nikolaos et al. Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a natural language processing perspective. **PeerJ Computer Science**, v. 2, p. e93, 2016.

15 POSNER, 2010. p. 14.

vieses cognitivos. Há extensa literatura sobre a influência de vieses cognitivos nas decisões de juízes, o que leva a crer que este é um aspecto muito importante para a compreensão sobre como são realizadas decisões judiciais.

A respeito desses vieses, Daniel Kahneman sugere que a forma de pensar dos indivíduos pode ser dividida em dois sistemas: o sistema 1 e o sistema 2¹⁶. Com o sistema 1, indivíduos sofreriam maior influência de vieses cognitivos e, assim, tomariam decisões mais rápidas. Esses vieses atuariam como atalhos que permitiriam que um indivíduo avançasse por etapas de seu julgamento sem considerar todos os elementos envolvidos. Com o sistema 2, por outro lado, indivíduos tomariam decisões de forma mais deliberada, dedicando mais tempo e atenção às etapas de sua decisão. Ambos os sistemas são importantes para que um indivíduo realize suas atividades diárias. Contudo, o sistema 1 pode se apresentar como um problema caso indivíduos não notem que estão tomando decisões importantes com base nele.

Estudos como esse assumem especial relevância na análise das decisões dos juízes, devido ao impacto delas na vida das pessoas. Um primeiro exemplo de viés que pode incidir na decisão judicial é o chamado viés da ancoragem, mencionado na Introdução. Ele indica que juízes, ao determinar valores numéricos em suas decisões, como multas ou indenizações, poderiam ser influenciados por outros números com os quais eles tiveram contato em um período próximo do julgamento, mesmo que esses valores não tivessem relação com o julgamento em si. Dessa forma, o juiz, não intencionalmente, determinaria um valor no julgamento que seria próximo ao valor com o qual ele teve contato¹⁷. No Brasil, Leal e Ribeiro¹⁸ verificaram a possibilidade de o valor de indenização pedido pelas partes em Juizados Especiais provocarem um viés de ancoragem nos juízes. Porém, não encontraram uma correlação forte o suficiente que indicasse a influência do viés da ancoragem na decisão.

O viés de *framing*, por sua vez, afeta a maneira como juízes classificam o resultado de um caso. Ele faria com que magistrados percebessem o resultado de sua decisão como uma situação binária de perdas ou ganhos¹⁹. Essas perdas ou ganhos seriam determinados pelo *status quo* e afetariam a forma como magistrados consideram riscos²⁰, já que, de acordo com a teoria, indivíduos são propensos a riscos em situações de baixa probabilidade de ganho e alta probabilidade de perda, ao mesmo tempo em que são avessos ao risco em situações

16 KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, fast and slow**. [s.l.]: Farrar, Straus and Giroux New York, 2011.

17 GUTHRIE, 2000, p. 777.

18 LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano, Heurística de ancoragem e fixação de danos morais em Juizados Especiais Cíveis no Rio de Janeiro: uma nova análise, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, 2018.

19 GUTHRIE, 2000, p. 777.

20 GUTHRIE, Chris. Prospect theory, risk preference, and the law. **Nw. UL Rev.**, v. 97, p. 1115, 2002.

de alta probabilidade de ganho e baixa probabilidade de perda²¹. Esse viés afetaria o modo como o juiz observa o caso em questão e até mesmo como o juiz aconselha as partes a fechar um acordo²².

Um juiz também pode superestimar a sua própria capacidade de prever o acontecimento de eventos que já aconteceram. É o chamado *hindsight bias*. Magistrados sofreriam esse viés, pois utilizariam a informação nova de que um evento de fato aconteceu, para determinar como estimariam a probabilidade do acontecimento desse evento no passado²³.

Até mesmo o humor dos magistrados poderia influenciar as suas decisões (*mood congruency effect*)²⁴. Nesse sentido, Danziger et al.²⁵ mostram que juízes podem tomar decisões mais favoráveis a prisioneiros que pedem liberdade condicional quando realizam a decisão em um momento distante de uma refeição.

A literatura também menciona o fenômeno de *cultural cognition*, no qual os julgamentos de magistrados seriam afetados por características de sua personalidade²⁶. Elementos como posição política e religião poderiam levar juízes a perceber os mesmos fatos de forma diferente. É possível também que juízes sejam afetados por preconceitos propagados na sociedade e internalizados em sua personalidade. Mesmo que de forma inconsciente, juízes podem alterar a forma como tratam outros magistrados em órgãos colegiados, as partes e os advogados de um caso. É o caso do preconceito racial²⁷, por exemplo, que pode fazer que magistrados profiram decisões mais rígidas para indivíduos negros do que brancos, mesmo sem essa intenção explícita. É possível mencionar também o preconceito de gênero. Arguelhes, Gomes e Nogueira²⁸ observaram que, no STF, “relatoras femininas tendem a atrair 1.2 vezes mais votos vencidos do que os relatores masculinos”. No tribunal pleno, esse valor aumentaria para 1.37 vezes²⁹.

21 KAHNEMAN, op. cit.

22 GUTHRIE, 2000, p. 777.

23 Ibid.

24 FEIGENSON, Neal. Emotional influences on judgments of legal blame: how they happen, whether they should, and what to do about it. In: **Emotion and the Law**. [s.l.]: Springer, 2009. p. 45-96.

25 DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, v. 108, n. 17, p. 6889-6892, 2011.

26 BENFORADO, Adam. **Unfair: the new science of criminal injustice**, [s.l.]: Broadway Books, 2015.

27 RACHLINSKI, Jeffrey J; GUTHRIE, Chris; WISTRICH, Andrew J. Inside the bankruptcy judge's mind. **BUL Rev.**, v. 86, p. 1227, 2006.

28 ARGUELHES, Diego Werneck; GOMES, Juliana Cesário Alvim; NOGUEIRA, Rafaela. Gênero e comportamento judicial no Supremo Tribunal Federal: os ministros confiam menos em relatoras mulheres? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 24, 2018.

29 Os pesquisadores também buscaram identificar se os ministros tenderiam a realizar mais pedidos de vista em processos nos quais as relatoras eram mulheres, contudo, não obtiveram um resultado estatisticamente significativo.

É possível notar, portanto, que vieses cognitivos podem afetar amplamente o modo como juízes decidem, especialmente à luz de elementos específicos do processo judicial. No entanto, o entendimento sobre como esses vieses afetam os julgamentos na prática é muito incipiente no Brasil. Iniciar a construção de um modelo preditivo capaz de mapear os elementos relevantes para a previsão de decisões do STF é, portanto, um ponto de partida importante.

2.2 Fatores econômicos

Além dos estudos sobre vieses cognitivos no comportamento de juízes, também é possível observar trabalhos que modelam o comportamento de juízes como seres racionais, agindo de acordo com os incentivos que lhes são apresentados. Richard Posner³⁰ propõe um modelo como esse. De acordo com o autor, o sistema judicial³¹ busca insular, na maior extensão possível, os juízes de incentivos econômicos. Para desenvolver o seu modelo, então, o autor busca responder à questão: juízes atuam de forma racional ou o sistema impede que eles atuem de forma a responder a qualquer incentivo? Para isso, Posner parte da premissa de que juízes não exercem seu trabalho, pois buscam “mudar o mundo” e perseguir visões iluminadas, tratando-os como “pessoas comuns”. O autor argumenta que o comportamento de juízes pode ser visto, em parte, como a composição de três atores racionais maximizadores: a organização sem fins lucrativos, o eleitor e o espectador teatral.

Para comparar as organizações sem fins lucrativos aos juízes, Posner se baseia na teoria de Henry Hansmann³². De acordo com o autor, a sociedade como um todo (principal) não consegue medir o resultado esperado da ação dos juízes (agentes), que seria a “justiça”. Por isso, recorreria a uma alternativa que não recebe ganhos econômicos por realizar a atividade, como é o caso do juiz (cuja remuneração é invariável) e da organização sem fins lucrativos em outras situações. No caso do eleitor, Posner afirma que o juiz, assim como um eleitor, obtém prazer em votar como uma forma de expressar seus pontos de vista. Além disso, o voto também representaria um poder que gera deferência e respeito, assim como

30 POSNER, 1993, p. 3-4.

31 O autor refere-se ao sistema judicial americano, mas também é possível notar a mesma situação no Brasil, já que, entre outros, juízes brasileiros possuem estabilidade, recebem um salário alto, se comparado com o salário mínimo do país, e não podem ter esse salário reduzido.

32 Posner descreve a teoria de Henry Hansmann da seguinte forma: as organizações sem fins lucrativos existem para melhorar o alinhamento de incentivos quando o principal não consegue observar o resultado do “produto”. Por exemplo, um doador de dinheiro para uma ONG que alimenta crianças na África não conseguirá observar (ou o fará a um custo muito alto) se as crianças estão de fato recebendo os alimentos. Uma empresa privada teria incentivos para diminuir ao máximo os custos, inclusive deixando de alimentar as crianças, pois seus acionistas são reclamantes residuais dos lucros. Nesse sentido, ver: HANSMANN, Henry. The role of nonprofit enterprises. *Yale Law Journal*, v. 89, p. 835, 1980.

acontece com as decisões dos magistrados. Por fim, em relação aos espectadores de peças dramáticas, Posner mostra que, assim como estes (que obtêm prazer de imergir no drama e discutir com seus colegas experientes no assunto), os juízes participam do ato de julgar não apenas com suas preferências pessoais, mas com suas bagagens culturais e acadêmicas, a fim de dar uma opinião desinteressada.

Contudo, Posner afirma que essas três analogias não são suficientes para descrever o comportamento de juízes e que ainda restam incentivos para outros tipos de ganhos, como menos trabalho, mais prestígio e ver suas decisões serem mantidas nos tribunais superiores. Ele busca, então, desenvolver um modelo que inclua também esses incentivos, e propõe a seguinte função utilidade: $U = U(t_j, t_l, I, R, O)$, onde t_j é o tempo dedicado a julgar, t_l é o tempo dedicado ao lazer, I é a renda³³, R é a reputação e O são as outras fontes de utilidade discutidas no artigo, como prestígio, popularidade e importância de evitar reversões de suas decisões. Além disso, considerando apenas variáveis mais responsivas ao tempo dedicado à atividade de julgar (reputação, por exemplo, não costuma ter grande correlação com o tempo gasto com a redação dos votos), o autor propõe também a seguinte função: $U = U(I_f, I_v(t_v), t_j, t_l)$, onde I_f é o salário fixo e I_v é o salário variável dependente do tempo (t_v) dedicado aos trabalhos paralelos.

Confirmando alguns dos fatores indicados por Posner em seu modelo, é possível citar o trabalho de Sisk, Heise e Morris³⁴. Esse estudo se baseou no período em que estava vigente, nos Estados Unidos, um guia de elaboração de sentenças criminais pautado nas infrações e nas características dos crimes e dos criminosos, o “Federal Sentencing Guidelines”. Durante um período de quase um ano, centenas de juízes federais decidiram sobre a constitucionalidade desse guia. Dado que a questão jurídica era essencialmente a mesma, os autores verificaram se, e como, influências externas afetavam os julgamentos. A pesquisa confirmou a influência de fatores sociais nas decisões, como a experiência profissional prévia dos juízes, mas também verificou empiricamente algumas das hipóteses de Posner. Encontrou, por exemplo, forte correlação entre o quão perto os juízes estão de serem promovidos e a propensão deles a declarar a constitucionalidade do guia de sentenças. Os pesquisadores também afirmam ter observado indícios de que há prazer intrínseco dos magistrados em escrever seus votos.

O modelo de Posner, e a pesquisa confirmando alguns de seus resultados, exercem grande contribuição por apresentar juízes como pessoas de carne e osso, que pautam a sua atuação em incentivos e não somente em um desejo

33 O que inclui aquela renda percebida de trabalhos paralelos, como magistério.

34 SISK, Gregory C; HEISE, Michael; MORRISS, Andrew P. Charting the influences on the judicial mind: an empirical study of judicial reasoning. *NYUL rev.*, v. 73, p. 1377, 1998.

de mudar o mundo com a sua atuação. Se o direito não possui respostas claras para todos os casos, e juízes são guiados por incentivos como quaisquer outros indivíduos, essas pesquisas reforçam a necessidade de ser estudada ainda mais a fundo a forma como juízes decidem.

É importante notar também que, ao contrário do que possa parecer de início, o modelo de Posner não é totalmente incompatível com as teorias indicadas sobre a influência de vieses cognitivos. Juízes podem ser guiados, racionalmente, por incentivos de renda, reputação, lazer e prestígio, ao mesmo tempo em que são influenciados em suas decisões, sem perceber, por vieses cognitivos que afetam a forma como esses atores entendem os processos que estão decidindo e o direito vigente.

2.3 Fatores institucionais

Além dos incentivos econômicos propostos por Posner, pode-se tratar, no Brasil, de fatores institucionais. Nesse sentido, é possível considerar que a atuação de juízes pode ser pautada: (i) por regras institucionais de funcionamento do Judiciário, que podem limitar ou não o comportamento de juízes; e (ii) pela relação entre o Judiciário e outros poderes da República, de forma que magistrados podem ser levados a escolher entre exercer um poder político ou não³⁵.

Para analisar aspectos institucionais de funcionamento do STF, Ribeiro e Arguelhes³⁶ partem de três principais modelos explicativos do comportamento judicial identificados na literatura norte-americana: o modelo “legal”, o “atitudinal” e o “estratégico”. O modelo legal³⁷ descreve a tomada de decisão judicial como um exercício exclusivo de aplicação do direito vigente ao caso em questão, sem que ocorra a influência de outros fatores, como a opinião pessoal do juiz.

O desenvolvimento do modelo atitudinal, descrito pelos autores com base na proposta de Segal e Spaeth³⁸, seria uma resposta ao modelo legal. De acordo com o modelo atitudinal, o direito teria “necessariamente um caráter vago e variável”³⁹, sendo “inerentemente incerto e indefinido em seus conceitos, regras e princípios”⁴⁰. Dessa forma, juízes teriam um grau de liberdade durante a sua tomada de decisão. Essa liberdade seria utilizada por magistrados para

35 Neste trabalho, a posição ideológica de um magistrado não está sendo considerada como um fator institucional de influência no processo decisório. Considera-se que a posição política de um magistrado pode alterar a sua forma de ver o mundo, atuando como um viés cognitivo em sua tomada de decisão.

36 RIBEIRO, op. cit., p. 85-121.

37 Para descrever esse modelo, os autores se baseiam na descrição fornecida por Segal e Spaeth em: SEGAL, Jeffrey; SPAETH, Harold. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 48.

38 SEGAL, op. cit.

39 RIBEIRO, op. cit., p. 13.

40 Ibid., p. 10

decidir casos de modo a colher os “maiores benefícios, tendo em vista seus próprios interesses”, as chamadas “*policies*”⁴¹. Nesse contexto, apesar de serem limitados pelo contexto judicial em que estivessem julgando e pelos fatos do caso, juízes utilizariam o direito somente como uma forma de racionalização da sua tentativa de maximização de interesses pessoais.

Por fim, o modelo estratégico “assume a premissa de que os juízes são motivados pela maximização de suas preferências por *policies*, mas inclui no modelo restrições a esse processo maximizador”⁴². Algumas dessas restrições seriam (i) a ação de outros atores, que poderiam, por exemplo, decidir retaliar o tribunal, e (ii) a influência de um próprio juiz dentro do tribunal em relação a outro, restringindo o comportamento do seu colega.

Esses três modelos de comportamento judicial, apesar de muito conhecidos, também sofreram críticas. Dentre essas críticas, é importante destacar as relacionadas ao papel do direito nas decisões judiciais. Bayley e Maltzman⁴³ mostram que uma decisão judicial que coincide com uma opinião política não está necessariamente seguindo essa opinião política, podendo ter chegado a uma resposta semelhante por meio do direito. Os pesquisadores também mostram empiricamente que elementos do direito influenciam as decisões de ministros da Suprema Corte americana, refutando a ideia de que o direito é utilizado somente como forma de racionalização das preferências pessoais dos ministros. Kritzer e Richards⁴⁴ também ressaltam a importância do direito na tomada de decisão dos ministros da Suprema Corte americana, sugerindo a existência de “regimes jurisprudenciais”. Nesses regimes, determinados casos julgados pela Corte estabeleceriam parâmetros e fatores relevantes de tomada de decisão para os casos seguintes a serem julgados.

Com base nesses três modelos norte-americanos e em críticas já realizadas a eles, Ribeiro e Arguelhes indicam lições importantes para a construção de modelos explicativos do comportamento de ministros no STF. De acordo com os autores, é importante definir a medida em que as decisões dos ministros são *sinceras*, expressando de fato a opinião dos tomadores de decisão, e não *estratégicas*, expressando uma resposta a outros atores políticos.

Os autores concluem que, no STF, os ministros não temeriam tentativas de reduzir o poder do Tribunal ou de alterar a sua composição, já que ações questionando essas medidas seriam eventualmente levadas ao próprio STF. Assim,

41 Ibid., p. 11.

42 Ibid., p. 16.

43 BAILEY, Michael A; MALTZMAN, Forrest. Does legal doctrine matter? Unpacking law and policy preferences on the US Supreme Court. **American Political Science Review**, v. 102, n. 3, p. 369-384, 2008.

44 RICHARDS, Mark J; KRITZER, Herbert M. Jurisprudential regimes in Supreme Court decision making. **American Political Science Review**, v. 96, n. 2, p. 305-320, 2002.

os ministros teriam a palavra final sobre a compatibilidade, com o ordenamento jurídico brasileiro, de medidas que reduzissem o seu poder.

Ribeiro e Arguelhes também indicam que no STF “não há regras institucionizadas que exijam ou encorajem a elaboração de um voto único por parte dos Ministros”⁴⁵, mas que ainda podem existir incentivos para os ministros “se comportarem estrategicamente quanto ao *resultado* (e não quanto à *fundamentação*) de seus votos”⁴⁶. Nesse sentido, um ministro poderia optar, por exemplo, por não ser a única opinião dissidente em um caso de muita atenção popular.

Os autores também ressaltam a importância de considerar se os casos decididos pelos ministros do STF são ou não difíceis, ou seja, se possuem ou não respostas jurídicas claras. De acordo com os autores, um modelo de comportamento dos ministros que considera todas as decisões proferidas no Tribunal, ou seja, as decisões monocráticas, em turma e no Plenário, devem levar em conta que os ministros enfrentarão muitos casos fáceis entre todas essas ações. Ao julgar esse tipo de caso, um ministro não possuiria muita liberdade para alterar a forma de aplicar o direito, de modo que “estaremos nos movendo para longe de uma premissa institucional importante do modelo atitudinal, qual seja, a de que o ‘direito’ não exerce nenhuma pressão clara sobre a decisão dos Ministros”⁴⁷. Por outro lado, considerando apenas os casos do Plenário, seria possível considerar que os ministros encaram mais casos difíceis.

Em artigo posterior, no qual examina a relação entre a atuação dos ministros do STF e outros atores políticos, Arguelhes⁴⁸ argumenta que o contexto político no qual o Tribunal é chamado a tomar decisões não é suficiente para determinar que a atuação dos ministros será política. De acordo com o autor, a atuação política ou não do Tribunal seria resultado “das preferências majoritárias, em uma dada composição do tribunal, sobre quais são as formas adequadas e/ou oportunas de se pronunciar sobre questões políticas”⁴⁹. Dessa forma, mesmo que os ministros estivessem inseridos em um contexto no qual seria esperada uma atuação amplamente política do Tribunal, seria possível que os ministros compartilhassem crenças sinceras de que o Tribunal não deveria agir dessa forma, guiando a atuação da Corte para fora do campo político.

Além desses trabalhos, também é relevante mencionar o de Virgílio Afonso da Silva⁵⁰ no tocante ao impacto dos ministros relatores no processo decisório do STF. Silva indica que o voto do relator é seguido na maior parte

45 RIBEIRO, op. cit., p. 27.

46 Ibid., p. 28.

47 RIBEIRO, op. cit., p. 31.

48 ARGUELHES, 2014.

49 Ibid., p. 18.

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

das decisões do STF, mas questiona a influência dos relatores nos casos mais polêmicos. De acordo com o autor, o fato de ministros já levarem seus votos prontos para os casos do Tribunal que recebem mais atenção do público “tem o potencial de relativizar o papel do relator como o ministro que pauta o debate, já que o debate é pautado pelos votos já escritos”⁵¹. Uma possível maneira de atenuar esse efeito seria com a divulgação do voto relator em momento anterior à sessão de julgamento.

Os estudos descritos nesta seção mostram, portanto, a importância de se considerar a influência de fatores institucionais no comportamento de juízes. Esses fatores podem influenciar o “espaço de manobra” que juízes possuem para atuar e a relação entre o Judiciário e outros Poderes. Tanto esta seção quanto as anteriores identificaram fatores discutidos na literatura capazes de influenciar o processo decisório judicial. Mostrou-se que juízes (i) podem ser influenciados por vieses cognitivos durante a sua tomada de decisão; (ii) podem levar em conta aspectos pessoais e econômicos, como tempo de férias e possibilidade de promoção; e (iii) podem atuar de acordo com as regras institucionais do próprio tribunal onde atuam e em resposta a outros atores políticos.

3 Estudos semelhantes

Conforme delimitado na Introdução, o objetivo deste trabalho é contribuir para a identificação dos elementos cognitivos, econômicos e institucionais que influenciam o processo decisório judicial, por meio da construção de um modelo de previsão das decisões do STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). É possível citar outras pesquisas, no exterior, que tiveram objetivos semelhantes⁵².

Katz, Bommarito e Blackman⁵³ utilizaram um algoritmo de “*Random Forest*” para prever as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos e como cada *justice* votaria nos casos. De acordo com os autores, o interesse em construir o modelo preditivo se deu devido à qualidade de outros trabalhos preditivos da mesma Corte e ao fato de muitos trabalhos serem feitos de forma *ex post*, para determinar as causas que levaram a determinadas decisões, e não *ex ante*, isto é, para determinar o resultado de fato do caso. Para a pesquisa, os autores utilizaram os dados já catalogados na *Supreme Court Database*⁵⁴. Entre os dados escolhidos, as

51 Ibid.

52 Optou-se por limitar a revisão da literatura estrangeira a casos em que a análise preditiva de decisões judiciais foi realizada por meio de técnicas de *machine learning*. Contudo, existem trabalhos que realizaram a construção de modelos preditivos de decisões judiciais utilizando outras técnicas. Como exemplo, é possível citar o Supreme Court Forecasting Project. Referência: **Supreme Court Forecasting 2002: Forecast**. Disponível em: <http://wusct.wustl.edu/forecast.php>. Acesso em: 27 fev. 2019.

53 KATZ, op. cit., p. e0174698.

54 THE SUPREME COURT DATABASE. Disponível em: <http://supremecourtdatabase.org/>. Acesso em: 19 nov. 2018.

features do modelo, estavam o *justice*, *term*, corte de origem, requerente e *issue* discutidos. O algoritmo obteve 70,2% de acerto no resultado dos casos utilizando esse método e 71,9% de acerto em relação aos votos dos ministros. Stern e Zhu⁵⁵ também obtiveram sucesso utilizando dados da *Supreme Court Database*. Os autores utilizaram, para cada um dos *justices*, diferentes classificadores de SVM. Com isso, foi realizada a previsão correta de 67% dos casos analisados.

Em *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: A natural language processing perspective*, Aletras et al.⁵⁶ utilizaram classificadores de SVM para prever o resultado de decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos. A criação da base de dados e a preparação desses dados foram realizadas pelos próprios autores, a partir dos casos disponíveis na HUDOC⁵⁷, a plataforma que contém os casos da Corte. As *features* do modelo preditivo foram todas criadas com base nas sessões da própria decisão fornecida pelo Tribunal: *procedure*, *circumstances*, *facts*, *relevant law*, *law* e *full case*. Os autores obtiveram, em média, uma previsão correta em 75% dos casos. No trabalho, também foi identificado que, em determinados tipos de caso, a categoria *circumstances*, no qual são descritos os fatos do caso, seria mais relevante para a realização da previsão do resultado do julgamento do que a categoria *law*, em que eram listados os argumentos legais do caso. De acordo com os autores, é possível que esses resultados indiquem que a tomada de decisão dos juízes da Corte é mais influenciada por aspectos do caso que não são relacionados ao direito.

Apesar de ainda não existirem trabalhos, como os citados acima, que aplicam técnicas de *machine learning* para a previsão de decisões do STF, é relevante mencionar os trabalhos que utilizaram a técnica estatística de *ideal point estimation* para prever decisões do STF. Simplificadamente, essa técnica consiste em identificar dimensões nas quais as opiniões dos ministros podem ser classificadas. Essas dimensões são determinadas pelo programa estatístico, e, para verificar em que consistem elas, é necessário que os pesquisadores analisem os tipos de dados que foram classificados em cada uma. A classificação dos ministros em cada uma das dimensões é utilizada, então, para prever como o ministro irá votar em casos futuros.

Hartmann e Hudson⁵⁸ aplicaram o programa W-NOMINATE (*Weighted Nominal Three Step Estimation*) para estimar a posição de ministros do STF, utilizando os dados da base do projeto Supremo em Números da Fundação Ge-

55 STERN, op. cit.

56 ALETRAS, op. cit., p. e93.

57 HUDOC — EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/>. Acesso em: 20 nov. 2018.

58 HUDSON, Alexander; HARTMANN, Ivar Alberto. Can you bury ideology? An empirical analysis of the ideal points of the Ministers of Brazil's Supremo Tribunal Federal. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 17, n. 68, p. 43-59, 2017.

tulio Vargas (FGV)⁵⁹. Os pesquisadores identificaram as seguintes dimensões na análise dos votos dos ministros: (i) direito penal, (ii) direito administrativo e tributário, (iii) federação e (iv) pensões públicas. Concluiu-se, então, que a opinião dos ministros se dividiria entre diferentes áreas nas quais possuiriam opiniões mais conservadoras ou não.

Mueller e Ferreira⁶⁰ utilizaram o mesmo programa para estimar o voto de cada ministro do STF em ADI e no caso do Mensalão, além do parecer da Procuradoria Geral da República (PGR) e da Advocacia Geral da União (AGU) para esses mesmos casos. De acordo com os autores, a principal conclusão da pesquisa é de que as posições dos ministros podem ser determinadas por duas dimensões: (i) divergências em relação a políticas econômicas do Poder Executivo e (ii) divergências em relação ao papel dos Estados e a sua autonomia para criar leis e estabelecer políticas públicas. Utilizando essas dimensões, os autores tiveram sucesso na previsão de 95% das ADI analisadas.

Leoni e Ramos⁶¹ estimaram o voto de ministros do STF em ADI e Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC). Para os casos envolvendo o Partido dos Trabalhadores (PT) e o presidente da República, os autores também estimaram as suas posições. Utilizando apenas uma dimensão para a classificação dos ministros, a pesquisa resultou na previsão correta de 86% das decisões analisadas. De acordo com os autores, os resultados mostram que presidentes indicam ministros das mais diversas posições ideológicas, não se restringindo a ministros alinhados com a sua posição. Os mesmos também indicam que, em grande parte dos casos, o governo, representado pela figura do presidente da República, estava em lados opostos da dimensão em relação ao partido de oposição, o PT.

Silva⁶² também realizou análise semelhante, utilizando decisões liminares e definitivas do colegiado em ADI, ADC, Arguições de Descumprimento de Prefeito Fundamental (ADPF) e Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). O autor concluiu que, quando há divergência entre os ministros, elas se relacionam à organização da federação e dos poderes em nível estadual. Além disso, o mesmo também observa, na classificação dos ministros, que “Gilmar tem procurado forçar o que o noticiário vem chamando de ‘maioria

59 SUPREMO EM NÚMEROS. Disponível em: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>. Acesso em: 4 nov. 2018.

60 MUELLER, Bernardo; FERREIRA, Pedro Fernando Almeida Nery. **How judges think in the Brazilian Supreme Court: estimating ideal points and identifying dimensions**. [s.l.]: ANPEC-Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia [Brazilian Association of Graduate Programs in Economics], 2014.

61 LEONI, Eduardo L.; RAMOS, Antonio P. Judicial preferences and judicial independence in new democracies: the case of the Brazilian Supreme Court. 2006. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.180.1470&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 4 nov. 2018.

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

silenciosa' (Rosa, Celso de Mello, Barroso, Fux, Cármen Lúcia e Lewandowski) a tomar posições mais próximas de suas preferências"⁶³.

Por fim, Lannes et al.⁶⁴ realizam a *ideal point estimation* do voto de ministros do STF em casos não unânimes de ADI. Em sentido contrário ao de Silva⁶⁵, os autores indicam que há, a partir do governo do presidente Lula, uma clara divergência entre os ministros indicados por Lula e os ministros indicados por outros presidentes.

Em conclusão, é possível dividir os trabalhos aqui descritos em dois grupos. O primeiro é composto por trabalhos realizados no exterior que utilizaram algoritmos de *machine learning* para prever as decisões de Cortes superiores. O segundo é formado por trabalhos que realizaram a previsão de decisões do STF, especialmente em ADI, por meio da técnica de *ideal point estimation*. Esta pesquisa visa a contribuir para esses dois grupos de trabalhos, valendo-se da utilização de um algoritmo de *random forest* para prever decisões do STF. Considera-se que a utilização do algoritmo de *machine learning* é uma evolução interessante em relação aos trabalhos estatísticos aqui mostrados, pois permite que sejam utilizadas técnicas de processamento de linguagem natural para fornecer ao algoritmo não somente dados objetivos sobre o caso, mas também textos. Assim como os outros trabalhos, espera-se que a construção desse modelo preditivo contribua para a melhor compreensão sobre os fatores relevantes no processo decisório do STF e possíveis elementos influentes nas decisões dos ministros.

4 Construção de um modelo preditivo

4.1 Metodologia

4.1.1 Escolha das ações e das features

No STF, a principal via de controle constitucional consiste no controle concentrado de constitucionalidade, em que o Tribunal julga ADI, ADC, ADOA e ADPF. Dentre essas ações, as ADI são propostas em número mais expressivo no Tribunal. De acordo com o I Relatório do Supremo em Números⁶⁶, de 1998

⁶³ Ibid., p. 16.

⁶⁴ LANNES, O; DESPOSATO, S; INGRAM, M. Judicial behavior in civil law systems: changing patterns on the Brazilian Supremo Tribunal Federal, In: **Ciclo 2012 do Programa de Seminários CIEF-CERME-LAPCIPP-MESP**, 2, [s.l.: s.n.], 2012.

⁶⁵ É importante notar que o trabalho de Silva e o de Lannes et al. trataram de períodos diferentes. O de Silva utilizou decisões de 2012 a 2017, enquanto o de Lannes et al. utilizou decisões de 1989 a 2010. É possível que os resultados diferentes reflitam as mudanças na composição do STF.

⁶⁶ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck, I Relatório Supremo em Números — o Múltiplo Supremo, 2012.

a 2009 foram recebidas mais ADI do que ADC, ADO e ADPF no Supremo. Dessa forma, por funcionar como uma relevante porta de entrada para o controle de constitucionalidade de atos normativos no STF, as ADI foram escolhidas como objeto da análise preditiva de decisões do STF nesta pesquisa.

Dentre as decisões em ADI, optou-se por somente utilizar decisões colegiadas, já que elas refletiriam a tomada de decisão do Tribunal em conjunto e seriam mais representativas de casos difíceis, conforme argumentam Ribeiro e Argue-lhes⁶⁷. Dentre as decisões colegiadas, somente as decisões sobre tutela de urgência e as decisões de mérito sobre constitucionalidade foram adicionadas à base de dados da pesquisa. Considerou-se que outras decisões, como aquelas oriundas de agravos regimentais e embargos de declaração, não refletiriam adequadamente a tomada de decisão do Tribunal em relação ao mérito das questões enfrentadas. Além disso, verificou-se que os relatórios dos agravos e embargos eram, em geral, curtos, o que não fornecia dados suficientes para o modelo.

Cinco elementos (*features*) foram escolhidos como parâmetro para o algoritmo prever o resultado final da decisão do STF: (i) relatórios das decisões; (ii) ano em que a decisão foi publicada; (iii) ministro relator; (iv) requerente; e (v) voto do relator. Esses elementos foram escolhidos considerando possíveis efeitos no processo decisório. Os *relatórios das decisões* foram escolhidos considerando que a descrição dos argumentos das partes no caso poderia provocar um viés de *framing*. O grau de detalhamento e extensão do relatório também poderiam indicar um esforço feito pelo ministro relator para conhecer o caso, considerando questões de tempo e lazer. Além disso, o relatório também pôde indicar informações relevantes sobre o direito em si envolvido no caso.

O ministro responsável por escrever o relatório, o *ministro relator* do caso, foi escolhido para que fosse analisada a relevância desse ator no processo decisório do STF, conforme debatido por Virgílio Afonso da Silva. É possível que, em certos casos, ministros exerçam uma menor influência nas decisões, porém o contrário também pode acontecer. Certos relatores podem ser mais propensos a determinados vieses cognitivos do que outros. Caso esses ministros reproduzam esses vieses frequentemente em seus relatórios, é possível que esse elemento contribua para o resultado do caso. Ademais, determinados ministros também podem ser mais propensos a refletir, em seus relatórios e votos, percepções econômicas de tempo e prestígio e percepções institucionais sobre o exercício de poder político pela Corte.

O *ano da decisão*, por sua vez, pode estar relacionado à composição do Tribunal. Assim, é possível considerar alterações na posição do Tribunal, em relação a, por exemplo, atividade política ou não, de acordo com as crenças dos ministros

67 RIBEIRO, op. cit., p. 85-121.

que compõem a Corte em determinado momento. Já o *voto do relator* foi escolhido, pois acredita-se que eles possam provocar um viés de ancoragem nos outros ministros, por ser o primeiro a ser proferido. Além disso, uma alta correlação entre o resultado final das decisões e o voto do relator pode indicar que os ministros estão sobrecarregados, optando por analisar a fundo somente alguns casos. Nesse sentido, o voto do relator também poderia indicar uma influência institucional.

Por fim, o *requerente* foi escolhido considerando a sua relação com os casos trazidos. Determinados requerentes podem ir para a Corte frequentemente com casos semelhantes, o que geraria respostas semelhantes do Tribunal. Ademais, caso certos requerentes possuam alguma relação política com o Tribunal, é possível que ele reaja de forma política em relação aos mesmos, indicando uma influência institucional. Nesse contexto, é possível que a deferência profissional que ministros tenham em relação aos seus pares na Procuradoria-Geral da República (também funcionários públicos da elite do Estado e supostamente “desinteressados”), produza, por exemplo, um provimento desproporcional a pedidos desse órgão em relação aos outros legitimados ativos.

A Tabela 1, a seguir, resume como as *features* escolhidas podem se relacionar com os fatores de influência no processo decisório:

Tabela 1 — Relação entre fatores, efeitos no processo decisório e *features*

Fator influente	Efeito no processo decisório	Elemento (<i>feature</i>) escolhido
Vieses cognitivos	<ul style="list-style-type: none"> • Ancoragem de resultados • Dificuldade de ver o caso a partir de diferentes perspectivas (<i>framing</i>) • Dificuldade de alinhar pensamentos com o de quem fez o ato normativo (<i>hindsight bias</i>) • Alteração no resultado devido ao contexto ou ao momento do dia (<i>mood congruency effect</i>) • Alteração na percepção de casos por características da personalidade do juiz (<i>cultural cognition</i>) 	<ul style="list-style-type: none"> • Relatório das decisões • Voto do relator • Ministro relator
Econômico	<ul style="list-style-type: none"> • Distribuição do tempo dedicado a julgar casos de acordo com o tempo de lazer • Tomada de decisão de acordo com considerações de prestígio, popularidade e promoção na carreira 	<ul style="list-style-type: none"> • Relatório das decisões • Ministro relator
Institucional	<ul style="list-style-type: none"> • Atuação como resposta às regras do Tribunal • Votação estratégica de acordo com os votos dos outros ministros • Maior “liberdade” para a tomada de decisão em casos difíceis e menor em casos fáceis, nos quais o direito exerceria maior pressão • Reação a outros atores políticos ou não, dependendo das crenças compartilhadas pelos ministros da Corte 	<ul style="list-style-type: none"> • Ano em que a decisão foi publicada • Requerente • Ministro relator • Voto do relator

Como se verá abaixo, em consideração a esses cinco elementos, decidiu-se aplicar o algoritmo duas vezes. Uma, considerando somente fatores anteriores à decisão do caso, o que não inclui o voto do relator. A segunda vez, considerando o voto do relator, para que seja possível observar se esse elemento causa alguma diferença no resultado.

4.1.2 Construção da base de dados

Para a construção da base de dados utilizada neste trabalho, foi realizada uma consulta por todas as ADI constantes na base de dados Elasticsearch⁶⁸ do Projeto Supremo em Números da FGV. Essa base contém o inteiro teor de milhares de processos do STF. A consulta resultou no inteiro teor de 11.030 decisões em ADI. Essas decisões foram inseridas em uma *dataframe*⁶⁹ do Pandas⁷⁰, um pacote da linguagem de programação Python. Dentre elas, foram filtradas 7.088 decisões que estavam classificadas como monocráticas, de forma que somente decisões colegiadas fossem utilizadas na pesquisa. Para identificar o resultado das decisões colegiadas restantes, foi realizada uma consulta na base de dados em formato SQL do Projeto Supremo em Números, que contém diversos dados sobre processos no STF. Essa base é única no país por conter dados que descrevem diversos elementos dos processos do Tribunal, como resultado do julgamento. Contudo, devido a uma divergência na identificação de processos entre as duas bases de dados, somente foi possível obter os dados relativos a 323 decisões que estavam no Elasticsearch. Dentre essas decisões, a distribuição de resultados era a seguinte (Tabela 2):

Tabela 2 — Decisões inicialmente encontradas

Classificação da decisão	Total de decisões
Procedência total	133
Negativa de mérito	118
Procedência parcial	40
Negativa de admissão	15
Decisão sem análise de mérito	13
Admissão	4

68 ELASTICSEARCH. Disponível em: <https://www.elastic.co/products/elasticsearch>. Acesso em: 4 nov. 2018.

69 O *dataframe* do Pandas funciona como uma espécie de tabela que pode ser manipulada de diferentes maneiras, facilitando a análise das informações.

70 PYTHON DATA ANALYSIS LIBRARY — PANDAS: PYTHON DATA ANALYSIS LIBRARY. Disponível em: <https://pandas.pydata.org/>. Acesso em: 4 nov. 2018.

Inicialmente, pretendia-se realizar uma separação aleatória de casos para serem utilizados na pesquisa. Contudo, devido ao baixo número de decisões encontradas entre o Elasticsearch e o SQL, optou-se por utilizar a maior parte das decisões encontradas. Dessas, foram retiradas da base as decisões de negativa de admissão, as sem análise de mérito e as unicamente de admissão, já que decisões de mérito seriam mais valiosas para compreender o funcionamento do Tribunal. Além disso, as decisões de procedência parcial e procedência total foram unificadas em uma só classificação, para que restasse somente uma classificação binária das decisões: procedência ou improcedência⁷¹. Assim, restaram 173 decisões de procedência e 118 de improcedência.

Em seguida, os relatórios das decisões restantes foram separados dos respectivos votos. Houve uma tentativa de separar esses relatórios de forma automatizada, porém, havia uma ausência de padrão na forma como os relatórios se iniciavam e terminavam, de forma que não foi possível automatizar esse processo. Dessa forma, optou-se por separar todos os relatórios manualmente. Foi selecionado todo o conteúdo de cada um dos relatórios⁷², o que incluiu também informações contidas no final das páginas de alguns processos sobre assinatura digital e número da folha⁷³. Nessa etapa, embargos e agravos também foram manualmente retirados da base. Assim, foram mantidas somente decisões de mérito e de medida cautelar em ADI. Ao final, havia 160 decisões de procedência e 62 de improcedência. Como esse número estava muito desbalanceado, o que causaria um viés muito grande no modelo preditivo utilizado, optou-se por adicionar mais casos de improcedência à análise. Caso essa proporção não tivesse sido corrigida, o algoritmo poderia “aprender”, durante o seu treinamento, que a maioria das decisões era de procedência, optando, assim, por desconsiderar outros elementos relevantes do processo e prever a maior parte das decisões como procedente somente com base nesta informação⁷⁴.

71 Optou-se por unir decisões de procedência parcial com decisões de procedência total para que todas as ações em que houve qualquer tipo de procedência estivessem na mesma categoria. Apesar de criar um viés, essa escolha foi feita para permitir que houvesse uma classificação binária das decisões. Devido ao número reduzido de decisões na base de dados, não classificá-las de forma binária iria tornar o modelo preditivo pouco eficaz.

72 Por um problema na conversão das decisões no formato em que são disponibilizadas no site do STF para o formato em que são disponibilizadas na base Elasticsearch, a primeira e a última página dos relatórios estavam duplicadas em muitas das decisões analisadas. Ao selecionar o relatório, essas páginas duplicadas não foram incluídas.

73 Na base de dados Elasticsearch, o inteiro teor dos processos é fornecido com um texto corrido. Com isso, estão incluídas nesse texto corrido todas as informações contidas no PDF do qual a decisão foi retirada do site do STF. Muitos dos PDFs contêm, no final da página, uma informação em relação à assinatura digital do processo e ao número da folha. Assim, essas informações foram passadas para o texto da base Elasticsearch, mas não foram retiradas durante o processo de separação dos relatórios por aparecerem de forma muito repetida no meio do texto.

74 Caso a base de dados utilizada na pesquisa contivesse todos as decisões em ADI no STF não seria necessário realizar essa correção, já que a base refletiria a proporção de decisões

Para corrigir essa proporção, criou-se uma função que sorteava decisões aleatórias dentre as decisões colegiadas em ADI identificadas na base de dados do Elasticsearch. Após sortear uma decisão, essa função verificava se a decisão já estava dentre as selecionadas da base ou se já havia sido sorteada antes e, em caso negativo para ambas as questões, retornava a decisão. Para cada decisão sorteada, foi verificado se era uma decisão de improcedência. Em caso positivo, o relatório dessa decisão era separado. Esse procedimento foi realizado repetidamente até serem identificadas 100 decisões de improcedência. Essas decisões foram adicionadas à base junto às outras decisões identificadas anteriormente. Após essa etapa, o ano em que as decisões foram publicadas foi separado. A base Elasticsearch já havia indicado a data em que a decisão foi publicada, porém foi aplicada uma função que manteve somente o ano em que a decisão ocorreu. Considerou-se que, como as datas são elementos muito específicos, existiriam muitos valores únicos que não trariam informações relevantes para o modelo. Assim, foi selecionado somente o ano de publicação.

Os dados relacionados aos outros três elementos foram coletados manualmente do inteiro teor das decisões⁷⁵. As informações foram preenchidas em uma planilha do Excel e foram posteriormente exportadas para o *dataframe*. Na planilha, os votos dos relatores foram classificados com os mesmos parâmetros de procedência e improcedência utilizados para classificar o resultado final das decisões. Para identificar os requerentes, inicialmente foram adicionados à planilha os nomes de todos os requerentes como estavam nas decisões. Devido ao tamanho da amostra, foi decidido generalizar a classificação dos requerentes de acordo com o rol do artigo 103 da Constituição⁷⁶ de

realizada pelo Tribunal. Contudo, como a base continha um número reduzido de casos, optou-se por manter uma proporção semelhante de decisões.

75 Para obter os dados relativos aos outros parâmetros da pesquisa, tentou-se inicialmente buscá-los na base de dados SQL do Supremo em Números. Dentre eles, somente dois estavam na base: o ministro relator e o requerente. Contudo, houve novamente uma divergência na identificação de processos entre as duas bases de dados, de forma que foi possível obter informações em relação a poucos casos por meio da base do SQL. Em relação ao ministro relator, havia, ainda, um problema adicional: a base do Supremo em Números se refere ao ministro atual do caso. Para tanto, para um modelo preditivo, é muito mais relevante analisar o relator original do acórdão, porque se trata de uma informação prévia à decisão. Caso haja uma mudança de relator para o acórdão, por exemplo, essa mudança irá ocorrer após a decisão, de forma que não é desejável utilizá-la para construir um modelo preditivo desse mesmo julgamento.

76 BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, Art. 103: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.”

legitimados ativos para impetrar ações diretas de inconstitucionalidade. Caso isso não fosse feito, haveria um número elevado de requerentes com pouca participação na amostra, o que não traria uma informação relevante para a análise do modelo⁷⁷. Assim, os requerentes foram classificados em: (i) “associação” (Art. 103, IX), (ii) “Procurador-Geral da República” (Art. 103, VI); (iii) “partido” (art. 103, VIII); (iv) “Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil” (Art. 103, VII); (v) “governador” (Art. 103, V); e (vi) “Mesa da Assembleia Legislativa” (Art. 103, IV). Outros legitimados ativos, como presidente da República, não foram classificados por não estarem representados nos processos da amostra. A coleta desses dados permitiu também que a existência de agravos e embargos na amostra fosse checada novamente, de forma que foram retirados os casos encontrados que ainda se enquadravam nessas categorias.

Esse processo de obtenção de dados resultou em um *dataframe* com 313 decisões de mérito e de medida cautelar do STF em ações diretas de inconstitucionalidade. Dentre essas decisões, 158 tiveram como resultado a procedência do pedido e 155, a improcedência.

4.1.3 Preparação dos dados para processamento pelo algoritmo

Algoritmos de *machine learning* não são capazes de receber, como dados de treinamento e teste, textos corridos ou colunas com valores referentes a diferentes parâmetros. Dessa forma, foi necessário preparar as colunas do *dataframe* referentes aos relatores, aos requerentes e aos relatórios para processamento pelo algoritmo.

Para o processamento das informações relativas ao relator e ao requerente, foi necessário transformar cada um dos valores únicos dessas duas categorias em uma nova coluna do *dataframe* que classificava as decisões com os valores 0 ou 1. Como exemplo, no caso da coluna referente ao ministro Gilmar Mendes, os processos dos quais ele foi relator foram marcados com 1 e o restante com 0. O mesmo foi feito para todos os outros relatores e requerentes. Essa transformação foi realizada utilizando o “OneHotEncoder”, função que faz parte do pacote Scikit-learn⁷⁸ do Python. Ao final desse processo, foram adicionadas 35 colunas ao *dataframe* (total de valores únicos nas colunas relator e requerente).

77 Na amostra, somente havia dois casos em que o processo apresentava mais de um requerente. Um desses casos (ADI 1649) foi apresentado por múltiplos partidos. Assim, o requerente foi classificado como um partido. Contudo, no caso da ADI 1163, os requerentes se enquadravam em duas categorias diferentes da classificação (Procurador-Geral da República e Associação). Como era o único caso que apresentava essa questão, optou-se por retirar o processo da base.

78 PEDREGOSA, Fabian et al. Scikit-learn: machine learning in python. *Journal of Machine Learning Research*, v. 12, p. 2825-2830, 2011.

Para preparar os relatórios das decisões para processamento, o texto de cada um deles foi transformado em vetores. Para isso, primeiro, foi utilizada uma função⁷⁹ que (i) retirou *stopwords*⁸⁰ contidas nos textos dos relatórios, (ii) retirou todos os números⁸¹ contidos no texto dos relatórios e (iii) transformou esses relatórios em uma lista, de forma que cada item da lista correspondia a um relatório. A partir dessa lista, foi criada uma série de vetores utilizando a função “Tf-idfVectorizer”⁸² do pacote Scikit-learn do Python. Com essa função, o texto de cada relatório na lista foi dividido em unigramas e bigramas⁸³. Em seguida, foram criados vetores que representavam cada um desses termos, ou seja, cada um dos unigramas e bigramas. Cada vetor possui um valor referente à presença daquele termo em cada relatório da base. Esse valor é calculado da seguinte forma⁸⁴:

$$tf-idf(t,d) = tf(t,d) \times idf(t)$$

Nesse cálculo, $tf(t,d)$ corresponde à frequência do termo no relatório em questão e $idf(t)$ corresponde à frequência do termo em todos os relatórios da base. O valor de $tf(t,d)$ é calculado de forma que⁸⁵: $tf(t,d) = 1 + \log(tf)$. Além disso, o valor de $idf(t)$ é calculado da seguinte forma, sendo n_d o número total de documentos e $df(d,t)$ o número total de documentos que contém o termo⁸⁶:

79 Essa função foi criada pelo professor Renato Rocha Souza e apresentada na disciplina Introdução à Data Science, oferecida pelo mesmo na Escola de Matemática Aplicada da FGV no primeiro semestre de 2018. O código apresentado na disciplina está disponível em: https://github.com/rsouza/FGV_Intro_DS/blob/master/notebooks/ML_SUP_Textual_Classification.ipynb. Acesso em: 4 nov. 2018.

80 *Stopwords* são palavras como “ou”, “na” e “de” que não contribuem para identificar o conteúdo do texto e, assim, costumam ser retiradas de textos para processamento de linguagem natural.

81 No momento em que as palavras foram separadas em unigramas e bigramas, os números contidos nos relatórios, vindos de artigos ou outros valores informados pelos requerentes, perderam seu valor, já que consistiam somente em números isolados. Assim, optou-se por retirá-los da análise.

82 SKLEARN.FEATURE_EXTRACTION.TEXT.TFIDFVECTORIZER — SCIKIT-LEARN 0.20.0 DOCUMENTATION. Disponível em: http://scikit-learn.org/stable/modules/generated/sklearn.feature_extraction.text.TfidfVectorizer.html. Acesso em: 4 nov. 2018.

83 Unigramas e bigramas são formas de representar termos. Unigramas consistem simplesmente em palavras isoladas. Bigramas consistem em duas palavras que são representadas em conjunto por aparecerem frequentemente na base de dados juntas. Dessa forma, a função Tf-idfVectorizer representa as palavras dos relatórios por unigramas, caso elas não apareçam com frequência acompanhadas de outras palavras, e por bigramas, caso elas apareçam com frequência junto de outras palavras.

84 FEATURE EXTRACTION — SCIKIT-LEARN 0.20.0 DOCUMENTATION. Disponível em: http://scikit-learn.org/stable/modules/feature_extraction.html#text-feature-extraction. Acesso em: 4 nov. 2018.

85 FEATURE EXTRACTION — SCIKIT-LEARN 0.20.0 DOCUMENTATION, op. cit.

86 Ibid.

$$idf(t) = \log \frac{1 + n_d}{1 + df(d,t)} + 1$$

Com isso, caso um termo não conste no relatório em questão, o valor $tf-idf(t,d)$ correspondente a esse relatório será zero, e, caso o termo conste no relatório em questão e em muitos outros relatórios, o seu valor $tf-idf(t,d)$ será reduzido. Esse cálculo, chamado *term frequency – inverse document frequency* (TF-IDF), é realizado dessa forma para que sejam identificados termos que constam em muitos textos da base de dados, já que, se um termo consta em muitos textos, ele não possui um valor muito grande para a análise do conteúdo de cada texto individualmente⁸⁷.

A função “Tf-idfVectorizer” foi aplicada com todos os seus parâmetros padrões, com exceção dos seguintes:

- (i) “Min_df”: esse parâmetro não inclui, na construção dos vetores, termos que possuam uma frequência menor que esse parâmetro⁸⁸, que, no caso, foi aplicado com valor 5.
- (ii) “Max_features”: esse parâmetro limita o número de termos dos textos a serem vetorizados, somente criando vetores dos termos com maior frequência⁸⁹. Esse parâmetro foi aplicado de forma que somente foram criados vetores com os 1.000 termos que mais apareceram nos relatórios.
- (iii) “Sublinear_tf”: esse parâmetro indica a forma como o $tf(t,d)$ é calculado⁹⁰. Esse parâmetro foi aplicado de forma que $tf(t,d)$ foi calculado da seguinte forma: $tf(t,d) = 1 + \log(tf)$.

A aplicação da função “Tf-idfVectorizer” retornou 1.000 vetores, as chamadas *features* do modelo preditivo. Para reduzir esse número, foi aplicada a função “VarianceThreshold”, também do pacote Scikit-learn do Python. Essa função remove todas as *features* que têm uma variância menor que determinado parâmetro⁹¹. Com isso, é possível reduzir o número de *features* utilizadas no modelo preditivo, retirando as que, por possuir pouca variância, não contribuem muito para a distinção entre os relatórios. Para decidir o parâmetro de variância a ser utilizado, foram testados alguns valores. É importante notar que, devido ao tamanho reduzido da base de dados, o valor da variância teve de ser muito pequeno. Não foi possível encontrar *features* com variância maior que 0,002. Aplicando esse valor, restariam somente 3 vetores na base de dados.

87 Ibid.

88 Ibid.

89 Ibid.

90 FEATURE EXTRACTION — SCIKIT-LEARN 0.20.0 DOCUMENTATION, op. cit.

91 Ibid.

Assim, optou-se por aplicar o parâmetro de 0,0008 na função “VarianceThreshold”, de forma que foram mantidas 277 *features*. Estas foram adicionados ao *dataframe* originalmente utilizado.

Como o objetivo da pesquisa consistia em realizar duas aplicações do algoritmo, uma considerando o voto do relator como *feature* e outra não considerando, foi criado um novo *dataframe*, semelhante ao que estava sendo utilizado, porém sem a coluna correspondente aos votos dos relatores. Por fim, as decisões desses dois *dataframes* foram separadas de forma aleatória, utilizando a função “train_test_split”⁹² do pacote Scikit-learn do Python. Dessa forma, 30% das decisões de cada *dataframe* foram reservadas para teste e 70% para treinamento do algoritmo⁹³.

4.1.4 Aplicação do algoritmo

Para prever as decisões, foi aplicado um algoritmo de *random forest*. Simplificadamente, um algoritmo de *random forest* é composto por diferentes árvores de decisão que são construídas a partir da base de dados de treino do algoritmo. Ao receber a base de dados para teste, cada uma dessas árvores estima a probabilidade de o caso em questão ser julgado como procedente ou improcedente. É contabilizada, então, a média da probabilidade de cada resultado estimada por todas as árvores de decisão. A maior média é o resultado previsto pelo algoritmo para aquela decisão⁹⁴.

O algoritmo foi aplicado com todos os seus parâmetros padrões, com exceção dos seguintes:

- (i) “n_estimators”: corresponde ao número de árvores criadas⁹⁵. Esse parâmetro foi aplicado de forma que foram criadas 300 árvores de decisão.
- (ii) “n_jobs”: corresponde ao número de processadores que serão utilizados para aplicar o algoritmo⁹⁶. Esse parâmetro foi aplicado de forma que todos os processadores foram utilizados.
- (iii) “random_state”: caso esse parâmetro seja fixado em um número inteiro, garante-se que os resultados do algoritmo não serão alterados

92 SKLEARN.FEATURE_EXTRACTION.TEXT.TFIDFVECTORIZER — SCIKIT-LEARN 0.20.0 DOCUMENTATION, op. cit.

93 A divisão 70% para treinamento e 30% para teste é tipicamente utilizada pela comunidade científica para divisão de dados a serem processados por algoritmos.

94 MÜLLER, Andreas C.; GUIDO, Sarah. **Introduction to machine learning with python: a guide for data scientists**. [s.l.]: O'Reilly Media, Inc., 2016. p. 84-86.

95 SKLEARN.FEATURE_EXTRACTION.TEXT.TFIDFVECTORIZER — SCIKIT-LEARN 0.20.0 DOCUMENTATION, op. cit.

96 Ibid.

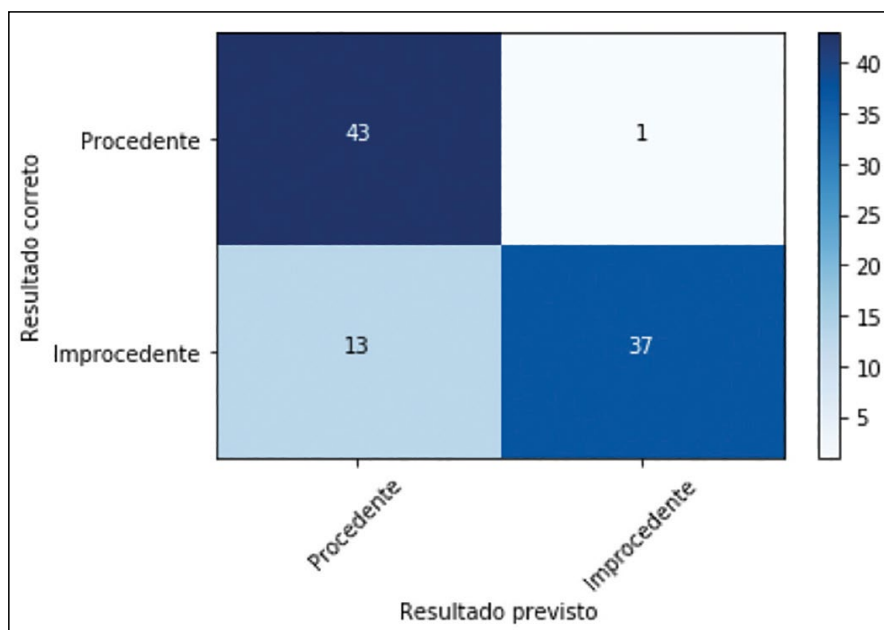
caso ele seja aplicado mais de uma vez sob os mesmos dados⁹⁷. Dessa forma, esse parâmetro foi fixado com o número inteiro 0.

4.2 Resultados

O algoritmo foi aplicado duas vezes. Na primeira vez, não foi utilizado o voto do relator como parâmetro de treinamento e teste do algoritmo. Na segunda vez, esse parâmetro foi utilizado.

Na primeira aplicação, o algoritmo obteve sucesso em 85% dos resultados previstos. No Gráfico 1, abaixo, é possível observar os casos procedentes e improcedentes previstos corretamente, além dos que foram previstos de maneira incorreta⁹⁸:

Gráfico 1 — Resultado da primeira aplicação do algoritmo



⁹⁷ MÜLLER, op. cit. p. 84-86.

⁹⁸ Esse gráfico foi desenvolvido a partir de uma função criada pelo professor Renato Rocha Souza e apresentada na disciplina Introdução à Data Science, oferecida pelo mesmo na Escola de Matemática Aplicada da FGV no primeiro semestre de 2018. O código apresentado na disciplina está disponível em: https://github.com/rsouza/FGV_Intro_DS/blob/master/notebooks/ML_SUP_Categorical_Classification.ipynb. Acesso em: 4 nov. 2018.

Conforme é possível observar, o algoritmo errou mais na previsão dos casos improcedentes, já que treze casos deles foram classificados como procedentes, enquanto somente um caso procedente foi classificado como improcedente.

Considerando esse resultado, é possível também analisar outras métricas. O algoritmo obteve 77% de precisão⁹⁹ nos casos procedentes e 97% nos improcedentes. O valor de *recall*¹⁰⁰ para os casos procedentes foi de 98% e para os improcedentes de 86%. Além disso, o *F1 score*¹⁰¹ foi de 86%, para os casos procedentes e 84% para os improcedentes.

Utilizando a função “*feature_importances_*” do pacote Scikit-learn do Python, pôde-se observar quais elementos foram mais importantes para o algoritmo determinar o resultado das decisões. Nesse caso, as vinte *features* mais importantes para o algoritmo foram as seguintes, conforme a Tabela 3:

Tabela 3 — Vinte *features* mais importantes na primeira aplicação do algoritmo

Colocação	<i>Feature</i>	Importância
1	Ano	0,10425
2	“documento assinado”	0,03024
3	“documento”	0,02336
4	“estadual”	0,01903
5	“df”	0,01801
6	“fls”	0,01746
7	Partido	0,01356

99 Precisão é uma medida calculada da seguinte forma:
$$P = \frac{T_p}{T_p + F_p}$$
. No caso de, por exemplo,

decisões de procedência, T_p indica as decisões classificadas corretamente como de procedência e F_p indica as decisões classificadas incorretamente pelo algoritmo como de procedência, já que eram de improcedência. Fonte: PRECISION-RECALL — SCIKIT-LEARN 0.20.2 DOCUMENTATION. Disponível em: https://scikit-learn.org/stable/auto_examples/model_selection/plot_precision_recall.html. Acesso em: 28 fev. 2019.

100 “Recall” é uma medida calculada da seguinte forma:
$$R = \frac{T_p}{T_p + F_n}$$
. No caso de, por exem-

plo, decisões de procedência, T_p indica as decisões classificadas corretamente como de procedência e F_n indica as decisões classificadas incorretamente pelo algoritmo como de improcedência, já que eram de procedência. Fonte: Ibid.

101 “F1 score” é uma medida calculada da seguinte forma:
$$F1 = 2 \frac{P \times R}{P + R}$$
. Nesse cálculo, P

indica o valor da precisão e R indica o valor do “recall”. Fonte: Ibid.

Colocação	Feature	Importância
8	"federaldocumento"	0,01334
9	"partido"	0,01200
10	"federaldocumento assinado"	0,01073
11	"tribunal federaldocumento"	0,00959
12	"blicos"	0,00921
13	"lei estadual"	0,00904
14	"direito"	0,00830
15	"cias"	0,00772
16	"executivo"	0,00767
17	"artigo"	0,00762
18	"estaduais"	0,00745
19	"ministro"	0,00731
20	"registro"	0,00715

O ano de publicação da decisão foi considerado como a *feature* de maior relevância para a realização da análise preditiva. Em seguida, estão os partidos, requerentes considerados como sétima *feature* mais relevante, e expressões contidas nos relatórios. A palavra "partido" aparece entre essas expressões relevantes, em nona posição. Isso indica que, para a realização da análise preditiva, foi relevante considerar não só o partido como requerente, mas também a presença da palavra "partido" no relatório. Importante notar também que muitas das expressões consideradas como relevantes para o algoritmo são expressões como "documento assinado" e "tribunal federaldocumento" que constam no final da página de muitos processos e não têm relação com o caso em si. Algumas expressões estão abreviadas, mas podem ser inferidas, tais como "df" (Distrito Federal), "fls" (folhas) e "cias" (companhias).

Após essas 20 primeiras *features*, os próximos elementos, diferentes de expressões dos relatórios, a aparecer na classificação são a Procuradoria Geral da República, em 144º lugar, e o ministro Luis Roberto Barroso, em 171º. É possível observar que, dentre as 20 *features* consideradas como *menos* relevantes para a análise preditiva, estão diversos ministros relatores e, como requerente, a Mesa da Assembleia Legislativa, conforme indica a Tabela 4:

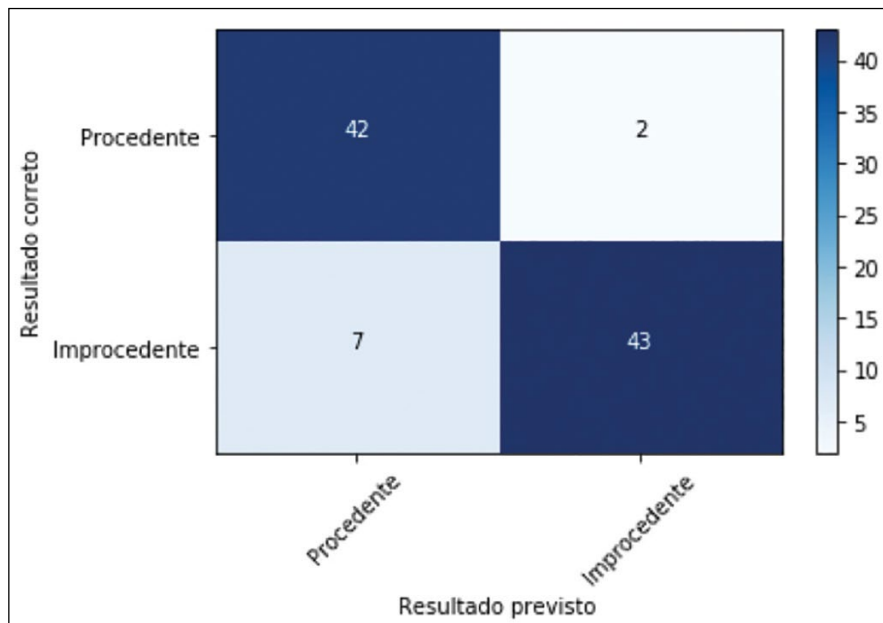
Tabela 4 — Vinte *features* menos importantes na primeira aplicação do algoritmo

Colocação	<i>Feature</i>	Importância
294	Min. Octavio Gallotti	0,00030
295	Min. Carlos Velloso	0,00030
296	“rond”	0,00029
297	“partidos”	0,00028
298	“estado goi”	0,00023
299	“rond nia”	0,00023
300	Min. Moreira Alves	0,00022
301	Min. Eros Grau	0,00020
302	Min. Ilmar Galvão	0,00016
303	Min. Alexandre De Moraes	0,00011
304	Min. Paulo Brossard	0,00009
305	Mesa Da Assembleia Legislativa	0,00008
306	“estado rond”	0,00006
307	Min. Nelson Jobim	0,00001
308	Min. Sydney Sanches	0,00000
309	Min. Cezar Peluso	0,00000
310	Min. Aldir Passarinho	0,00000
311	Min. Sepúlveda Pertence	0,00000
312	Min. Celso De Mello	0,00000
313	Min. Ellen Gracie	0,00000

Na segunda aplicação do algoritmo, considerando também o voto do relator no caso, o algoritmo obteve sucesso em 90% dos casos previstos. O Gráfico 2, abaixo, indica a distribuição das previsões do algoritmo¹⁰²:

¹⁰² Esse gráfico foi desenvolvido a partir de uma função criada pelo professor Renato Rocha Souza e apresentada na disciplina Introdução à Data Science, oferecida pelo mesmo na Escola de Matemática Aplicada da FGV no primeiro semestre de 2018. O código apresentado na disciplina está disponível em: https://github.com/rsouza/FGV_Intro_DS/blob/master/notebooks/ML_SUP_Categorical_Classification.ipynb. Acesso em: 4 nov. 2018.

Gráfico 2 — Resultado da segunda aplicação do algoritmo



Conforme é possível observar, o algoritmo acertou mais casos utilizando a informação do voto do relator. Somente sete casos improcedentes foram estimados como procedentes, enquanto dois casos procedentes foram estimados como improcedentes.

Considerando esse resultado, o algoritmo obteve 86% de precisão nos casos procedentes e 96% nos improcedentes. O valor de *recall* para os casos procedentes foi de 95% e para os improcedentes de 86%. Além disso, o *F1-score* foi de 90%, para os casos procedentes e 91% para os improcedentes.

Utilizando a função “feature_importances_” do pacote Scikit-learn do Python, é possível observar os 20 elementos *mais* importantes para o algoritmo realizar a previsão, conforme indica a Tabela 5:

Tabela 5 — Vinte *features* mais importantes na segunda aplicação do algoritmo

Colocação	Feature	Importância
1	Voto relator	0,14737
2	Ano	0,08619
3	“documento”	0,02229

Colocação	<i>Feature</i>	Importância
4	"documento assinado"	0,01948
5	"fls"	0,01757
6	"df"	0,01508
7	"estadual"	0,01452
8	Partido	0,01189
9	"tribunal federaldocumento"	0,01011
10	"partido"	0,00980
11	"federaldocumento"	0,00897
12	"estaduais"	0,00862
13	"direito"	0,00754
14	"cf"	0,00751
15	"federaldocumento assinado"	0,00742
16	"lei estadual"	0,00740
17	"autor"	0,00718
18	"ja"	0,00657
19	"fl"	0,00655
20	"blicos"	0,00648

O voto do relator foi considerado como a *feature* mais importante para a realização da análise preditiva. O ano de publicação e os partidos mantiveram-se como elementos relevantes. Muitas das expressões consideradas como importantes na primeira aplicação também se destacaram na segunda aplicação. Contudo, é possível identificar também novas abreviações, como "cf", que pode se referir à Constituição Federal.

Dentre as 20 *features* consideradas como *menos* relevantes para a análise preditiva, estão diversos ministros relatores e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme indica a Tabela 6:

Tabela 6 — Vinte *features* menos importantes na segunda aplicação do algoritmo

Colocação	<i>Feature</i>	Importância
295	Min. Néri Da Silveira	0,00029
296	Min. Francisco Rezek	0,00028
297	Conselho Federal Da Ordem Dos Advogados Do Brasil	0,00028
298	"norte"	0,00025
299	"rond"	0,00023
300	"estado rond"	0,00021
301	Min. Carlos Velloso	0,00020
302	Min. Sepúlveda Pertence	0,00018
303	"rond nia"	0,00012
304	Min. Octavio Gallotti	0,00010
305	Min. Celso De Mello	0,00009
306	Min. Cezar Peluso	0,00006
307	Min. Eros Grau	0,00006
308	Min. Alexandre De Moraes	0,00005
309	Min. Moreira Alves	0,00000
310	Min. Sydney Sanches	0,00000
311	Min. Nelson Jobim	0,00000
312	Min. Paulo Brossard	0,00000
313	Min. Ellen Gracie	0,00000
314	Min. Aldir Passarinho	0,00000

4.3 Limitações

Como foi possível notar, este trabalho consiste em uma construção inicial de um modelo de previsão de decisões judiciais utilizando um algoritmo de *machine learning*. Existem aspectos na metodologia utilizada nesta pesquisa que impõem limitações aos resultados do algoritmo descritos acima. Em primeiro lugar, o tamanho da base de dados, 313 decisões, é muito baixo em relação ao que costuma ser utilizado na área de *big data* para treinar e testar algoritmos preditivos. Esse problema ficou claro na análise da variância dos relatórios e pode afetar o resultado encontrado para as previsões.

O fato de a data utilizada como variável ser o ano em que a decisão foi publicada também é um limitador. É possível que a composição do Tribunal tenha mudado entre a data em que a decisão foi proferida e a data em que a decisão foi publicada. Além disso, a utilização do ano como parâmetro, em vez da data completa, pode também incluir diferentes composições do Tribunal.

Outro limitador do trabalho é o inteiro teor das decisões. Como é possível observar nas expressões dos relatórios que compõem as *features*, muitas palavras estão quebradas por espaços ou linhas, de forma que elas não são identificadas por inteiro. Também poderia ser importante retirar dos relatórios informações que fazem parte das páginas dos processos, mas não do conteúdo dos relatórios, como as informações mencionadas em relação à assinatura digital do processo.

Para trabalhos futuros, também é importante identificar outras *features* relevantes, como ministros presentes no julgamento e área do direito do qual a decisão faz parte¹⁰³. Parâmetros padrões das funções utilizadas também poderiam ser alterados no futuro para melhorar a previsão, além de serem testados outros algoritmos.

Muitos desses limitadores podem ser solucionados identificando formas de obter computacionalmente dados em relação às decisões. A obtenção manual de dados limita muito o que pode ser feito¹⁰⁴.

5 Discussão dos resultados

Apesar das limitações mencionadas, os resultados encontrados em ambas as aplicações do algoritmo não podem ser desprezados. Considerando os trabalhos estatísticos mencionados na seção de “Estudos semelhantes”, a pesquisa obteve resultados próximos ao de Leoni e Ramos¹⁰⁵, que obtiveram 86% de acerto em sua previsão, e Mueller e Ferreira¹⁰⁶, que obtiveram 95% de acerto. É interessante também comparar os resultados dos modelos preditivos do STF com os realizados nos Estados Unidos. Enquanto os trabalhos de Katz et al. e de Stern e Zhu obtiveram, respectivamente, 70,2% e 67,7% de acerto, os trabalhos relacionados ao STF tiveram uma taxa de acertos maior. Essa informação

103 Inicialmente, tentou-se obter a área do direito correspondente às decisões utilizadas no trabalho da base SQL do Supremo em Números, porém houve um problema no cruzamento da identificação da base Elasticsearch e SQL, de modo que muitas decisões não foram identificadas. Assim, optou-se por não utilizar essa informação.

104 A base de dados SQL do Supremo em Números já contém muitas informações em relação aos processos e poderia ser utilizada. Ela poderia, assim, ser muito útil em trabalhos futuros, desde que fosse solucionado o problema relatado de relacionar a base de dados Elasticsearch com a base SQL.

105 LEONI, op. cit.

106 MUELLER, op. cit.

pode indicar que existem diferenças significativas entre o processo decisório de ambos os tribunais¹⁰⁷, conforme alertam Ribeiro e Arguelhes¹⁰⁸.

O número de acertos do algoritmo em ambas as aplicações, muito acima de 50%, indica que, comparativamente a uma pessoa que determinasse aleatoriamente o resultado das decisões, o algoritmo teve um grau de acerto alto. Além disso, consideradas as outras métricas indicadas de precisão, *recall* e *F1 score*, o algoritmo obteve resultados entre 77% e 98%, o que também indica um desempenho relevante.

Nas aplicações do algoritmo, o ano em que a decisão foi publicada foi um dos fatores mais relevantes para a realização da análise preditiva¹⁰⁹. Uma possível conclusão a que se pode chegar a partir desses dados é a de que quais são os ministros participantes do Tribunal em dado período é o elemento mais relevante para a análise, seja pela influência de fatores como as suas crenças pessoais ou pelo próprio modo como consideram o direito. O ano de publicação também pode indicar uma composição diferente em outros poderes, impactando o tipo de caso que chega no Tribunal ou a percepção dos membros do STF sobre o modo como devem atuar.

É interessante comparar essas hipóteses com a colocação dos ministros relatores entre as *features* relevantes. Muitos ministros relatores se classificaram no final do *ranking*, com uma importância muito baixa para a análise. Contudo, observa-se que os últimos na colocação foram os ministros menos representados na tabela. Ministros como Dias Toffoli e Gilmar Mendes, com maior representação entre os casos, não estão entre as 20 *features* menos importantes para a análise. Dessa forma, nota-se que é necessário considerar não só a importância dos elementos, mas como ela se relaciona com a quantidade de dados na amostra¹¹⁰.

107 É possível que uma diferença relevante seja o relator do processo. Nesta pesquisa, o relator cumpriu papel relevante entre as variáveis, sendo, por si só, uma variável, e também sendo o responsável pelo relatório, outra variável do modelo. Contudo, nos Estados Unidos, o processo deliberativo da Suprema Corte assume a forma *per curiam*, diferentemente do STF (processo de voto *per seriatim*), de forma que os estudos lá realizados não contam com o voto do relator. Sobre essas diferenças, ver DA SILVA, V. A. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

108 RIBEIRO, op. cit., p. 85-121.

109 Conforme relatado na metodologia, é possível que o ano seja um elemento relevante por se relacionar com a composição do Tribunal. Embora a escolha de um período de um ano possa trazer limitações à pesquisa, por ser possível haver composições diferentes no mesmo ano, o grau de relevância dessa variável para o modelo preditivo foi muito elevado em comparação às outras, indicando que essa variável deve ser estudada com mais profundidade.

110 O mesmo pode ser considerado para a Mesa da Assembleia Legislativa, que foi representada somente em quatro casos na amostra, e o Conselho Federal da OAB, que foi representado em 16 casos. Ambos os requerentes foram considerados como de baixa importância para realização da análise preditiva, porém também foram pouco representados na amostra.

Os partidos, como requerentes, e a presença da palavra “partido” nos relatórios, também se mostraram relevantes para a análise, apesar de os partidos não serem os requerentes mais representados na base de dados¹¹¹. Essa observação pode indicar a influência de fatores institucionais nas decisões, caso as ações impetradas por partidos tenham caráter político.

Para além disso, dentre as expressões relevantes para a realização da análise preditiva, pode-se observar “estadual”, “estaduais” e “lei estadual”. É possível que essas expressões sejam relevantes por estarem relacionadas a casos de conflito federativo e de debate em relação ao papel e à autonomia dos Estados. Os trabalhos de Hartmann e Hudson¹¹², Mueller e Ferreira¹¹³ e Silva¹¹⁴ identificaram que essas eram importantes dimensões para determinar o voto de ministros e a relevância dessas expressões reforça a análise realizada pelos pesquisadores.

Também foi considerada relevante para a análise a presença, no relatório, de expressões que tipicamente se encontravam no final das páginas, como “documento assinado” e “tribunal federal documento”. O trecho abaixo exemplifica como são essas notas de pé de página¹¹⁵:

Supremo Tribunal Federal — Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 4342060.\x0cSupremo Tribunal Federal\n\nInteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 30\n\nRelatório\n\nADI 4617 / DF.

Apesar de não apresentarem nenhum conteúdo relevante sobre o caso em si, a presença de muitas dessas notas em um mesmo relatório pode indicar que ele possui muitas páginas, já que cada uma dessas notas se encontra no final de uma página da decisão¹¹⁶. Dessa forma, é possível que tenha sido identificada uma relação entre o número de páginas dos relatórios e o resultado da decisão. Essa

111 Dos casos analisados, 49 possuíam partidos como requerentes. Os requerentes mais representados na amostra foram os governadores, com 109 casos.

112 HUDSON, op. cit., p. 43-59.

113 MUELLER, op. cit.

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

115 STF, ADI 4617/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 19/06/2013, DJe 12/02/2014.

116 É relevante notar que essas notas de pé de página não estavam presentes em todos os relatórios analisados. Apesar de muitos relatórios possuírem essas notas, alguns não possuíam. É possível que isso tenha ocorrido devido ao modo como o inteiro teor dos acórdãos foi importado para a base de dados ou pelo fato de processos mais antigos não possuírem assinatura digital, não precisando, assim, dessa observação.

relação pode ser um resultado de incentivos econômicos dos ministros, conforme descrito por Posner¹¹⁷. Isso porque o tempo dedicado para escrever o relatório e julgar a decisão seriam refletidos em seu resultado. É possível também que o tamanho dos relatórios reflita fatores institucionais. Conforme descrevem Ribeiro e Arguelhes¹¹⁸, o STF julga um grande número de processos, o que envolve casos fáceis e difíceis. Assim, o Tribunal pode alocar mais tempo para escrever relatórios e votar casos difíceis, e menos para os casos fáceis. A presença das abreviações “fl”, de folha, e “fls”, de folhas, entre as 20 *features* mais relevantes reforça essa análise, na medida em que é possível que casos mais complexos, com um maior número de folhas, tenham mais páginas mencionadas no relatório.

Por fim, além dos elementos já mencionados, a segunda aplicação do algoritmo mostrou que o voto do relator é muito importante para a realização da análise preditiva. Existem diferentes fatores que podem contribuir para esse resultado. É possível que o voto do relator possua um efeito de ancoragem nos outros ministros, incentivando-os a votar da mesma forma. Além disso, o modo como o relator descreve o caso e vota também pode exercer uma influência nos outros ministros, através do viés de *framing*, de forma que os ministros tenham uma visão do caso semelhante à que foi posta pelo ministro relator. Também é possível que esse resultado reflita fatores institucionais. Se os ministros julgarem muitos casos, eles podem escolher determinados casos para os quais dedicar mais tempo, seguindo o voto do relator nos outros. Outra hipótese é que os relatores atuam de forma estratégica. Se o relator não sabe como os outros ministros vão votar, ele pode moderar o seu voto, incorporando considerações que ele acredita que os outros ministros concordem.

Uma última hipótese relativa à importância do voto do relator refere-se à possibilidade de que esse resultado retrate um consenso entre os ministros do Tribunal, de forma que a votação entre eles seja semelhante. Nesse sentido, o fato de o conteúdo dos relatórios e o voto do relator se mostrarem como *features* mais relevantes para a análise preditiva do que o próprio ministro relator do caso pode indicar que a decisão final de um caso é mais influenciada pela opinião da Corte sobre o direito em questão, refletida no relatório e no voto do relator, do que por questões pessoais dos ministros. Caso contrário, o ministro relator por si só seria uma *feature* também muito relevante, já que cada ministro influenciaria a decisão de uma maneira diferente.

Em conclusão, os resultados da análise preditiva indicam que ministros do STF podem estar sofrendo a influência de fatores econômicos, psicológicos e institucionais. Sugeriu-se que a relevância do ano para a análise preditiva poderia estar relacionada à composição do Tribunal e à influência de fatores

117 POSNER, 1993, p. 3-4.

118 RIBEIRO, op. cit., p. 85-121.

pessoais dos ministros responsáveis pela decisão. A relevância dos partidos, tanto como requerentes quanto como palavra mencionada no relatório, sugere a influência de fatores institucionais na tomada de decisão. Considerou-se que o número de páginas do relatório também poderia ter sido relevante para a análise preditiva. Por fim, foram sugeridas diversas hipóteses psicológicas e institucionais que podem explicar a relevância do voto do relator para a realização da análise preditiva. Esses resultados, e suas explicações possíveis, oferecem um caminho para explorações mais aprofundadas em trabalhos futuros.

6 Conclusão

Este trabalho foi desenvolvido com base na ideia de que, testando-se e avaliando-se elementos do processo decisório que são importantes para a realização de uma análise preditiva da decisão, é possível delimitar como e quais fatores podem influenciar no processo decisório. Determinou-se, então, como objetivo do trabalho, iniciar a construção de um modelo de previsão de decisões do STF em ADI utilizando um algoritmo de *machine learning*.

A construção desse modelo preditivo considerou a influência, na tomada de decisão judicial, de três grupos de fatores: psicológico, econômico e institucional. Fatores psicológicos seriam definidos principalmente por vieses cognitivos, como ancoragem e *framing*. Fatores econômicos seriam relacionados a uma busca racional dos juízes por maximização da sua função de utilidade, definida por elementos como tempo de lazer e prestígio. Por fim, fatores institucionais seriam relacionados às regras institucionais, que limitam o comportamento de juízes, e à relação de juízes com outros atores políticos.

Com base nesses fatores, foram escolhidas cinco *features* para o modelo preditivo e, a partir delas, foi construída a base de dados e aplicado o algoritmo de *random forest*. Consideradas as limitações do trabalho, os resultados da previsão do algoritmo foram positivos. Na primeira vez em que foi aplicado, sem considerar o voto do relator, o algoritmo acertou 85% dos casos previstos. Na segunda aplicação, considerando o voto do relator, o algoritmo acertou 90% dos casos. Esses resultados se mostraram alinhados com outros trabalhos que utilizaram a técnica de *ideal point estimation* para prever o voto de ministros do STF.

Quatro *features* foram consideradas as mais relevantes para a realização da análise preditiva: (i) ano em que a decisão foi publicada; (ii) partidos, como requerentes e como palavra mencionada no relatório; (iii) palavras relacionadas ao número de páginas do relatório; e (iv) o voto do relator, na aplicação que considerou esse elemento. Confirmando a ideia do trabalho, o exame das *features* mais importantes para a realização da análise preditiva permitiu discutir e delimitar como e quais fatores psicológicos, econômicos e institucionais podem influenciar no processo decisório judicial. Isso foi feito especialmente

com base em uma análise comparativa da importância de cada elemento identificado como relevante. Assim, foi possível verificar que alguns dos fatores que se imaginava serem relevantes com base em estudos anteriores, tais como a composição do Tribunal e o voto do relator, confirmaram-se relevantes para o modelo preditivo. Além disso, o fato de certas *features* não terem sido relevantes para a realização da análise preditiva indica que certos elementos podem não exercer tanta influência no processo decisório como se esperava.

É possível definir duas principais contribuições realizadas por este trabalho. A primeira, e principal, é a contribuição para a compreensão sobre o processo decisório judicial, em especial do STF. A análise preditiva indicou elementos do processo decisório que merecem ser estudados mais a fundo e permitiu delimitar fatores que podem influenciar juízes.

Por fim, a segunda contribuição relaciona-se à área do direito e da computação. Apesar de técnicas computacionais oferecerem grandes potenciais para pesquisas relacionadas ao direito, poucos estudos de fato aproveitam-se dessas técnicas. Conforme mencionado, apesar de já terem sido realizados estudos no exterior utilizando *machine learning* para prever decisões de Cortes Superiores, o mesmo ainda não havia sido realizado no Brasil. Espera-se que o início da construção desse modelo preditivo para o STF contribua para o desenvolvimento de outros trabalhos semelhantes no país.

Referências bibliográficas

ALETRAS, Nikolaos; TSARAPATSANIS, Dimitrios; PREOȚIUC-PIETRO, Daniel; *et al.* Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: A natural language processing perspective. **PeerJ Computer Science**, v. 2, p. e93, 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. **Universitas Jus**, v. 25, n. 1, 2014.

ARGUELHES, Diego Werneck; GOMES, Juliana Cesário Alvim; NOGUEIRA, Rafaela. Gênero e comportamento judicial no Supremo Tribunal Federal: os ministros confiam menos em relatoras mulheres? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, 2018.

BAILEY, Michael A; MALTZMAN, Forrest. Does legal doctrine matter? Unpacking law and policy preferences on the US Supreme Court. **American Political Science Review**, v. 102, n. 3, p. 369-384, 2008.

BENFORADO, Adam. **Unfair: the new science of criminal injustice**. [s.l.]: Broadway Books, 2015.

DA SILVA, V. A. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, v. 108, n. 17, p. 6889-6892, 2011.

ELASTICSEARCH. Disponível em: <https://www.elastic.co/products/elastic-search>. Acesso em: 4 nov. 2018.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números: o múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

FEIGENSON, Neal. Emotional influences on judgments of legal blame: how they happen, whether they should, and what to do about it. In: **Emotion and the Law**. [s.l.]: Springer, 2009. p. 45-96.

GUTHRIE, Chris. Prospect theory, risk preference, and the law. **Nw. UL Rev.**, v. 97, p. 1115, 2002.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J; WISTRICH, Andrew J. Inside the judicial mind. **Cornell L. Rev.**, v. 86, p. 777, 2000.

HUDOC - EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em: 20 nov. 2018.

HUDSON, Alexander; HARTMANN, Ivar Alberto. Can you bury ideology? An empirical analysis of the ideal points of the Ministers of Brazil's Supremo Tribunal Federal. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 17, n. 68, p. 43-59, 2017.

KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, fast and slow**. [s.l.]: Farrar, Straus and Giroux New York, 2011.

KATZ, Daniel Martin; BOMMARITO, Michael J.; BLACKMAN, Josh. A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States. **PLOS ONE**, v. 12, n. 4, p. e0174698, 2017.

LANNES, O; DESPOSATO, S; INGRAM, M. Judicial behavior in civil law systems: changing patterns on the Brazilian Supremo Tribunal Federal. In: **Ciclo 2012 do Programa de Seminários CIEF-CERME-LAPCIPP-MESP**, 2. [s.l.: s.n.], 2012.

LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. Heurística de ancoragem e fixação de danos morais em juizados especiais cíveis no Rio de Janeiro: uma nova análise. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, 2018.

LEONI, Eduardo L.; RAMOS, Antonio P. Judicial preferences and judicial independence in new democracies: the case of the Brazilian Supreme Court. 2006. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.180.1470&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 4 nov. 2018.

MUELLER, Bernardo; FERREIRA, Pedro Fernando Almeida Nery. **How judges think in the Brazilian Supreme Court: estimating ideal points and identifying dimensions**. [s.l.]: ANPEC-Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia [Brazilian Association of Graduate Programs in Economics], 2014.

MÜLLER, Andreas C.; GUIDO, Sarah. **Introduction to machine learning with python: a guide for data scientists**. [s.l.]: O'Reilly Media, Inc., 2016. p. 84-86.

PEDREGOSA, Fabian; VAROQUAUX, Gaël; GRAMFORT, Alexandre; et al. Scikit-learn: Machine Learning in Python. **Journal of Machine Learning Research**, v. 12, p. 2825-2830, 2011.

POSNER, Richard A. **How judges think**. [s.l.]: Harvard University Press, 2010.

POSNER, Richard A. What do judges maximize? (The same thing everybody else does), 3 SUP. CT. **Econ. Rev.**, v. 1, p. 3-4, 1993.

PRECISION-RECALL — SCIKIT-LEARN 0.20.2 DOCUMENTATION. Disponível em: https://scikit-learn.org/stable/auto_examples/model_selection/plot_precision_recall.html. Acesso em: 28 fev. 2019.

PYTHON DATA ANALYSIS LIBRARY — PANDAS: PYTHON DATA ANALYSIS LIBRARY. Disponível em: <https://pandas.pydata.org/>. Acesso em: 4 nov. 2018.

RACHLINSKI, Jeffrey J; GUTHRIE, Chris; WISTRICH, Andrew J. Inside the bankruptcy judge's mind. **BUL Rev.**, v. 86, p. 1227, 2006.

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

RICHARDS, Mark J; KRITZER, Herbert M. Jurisprudential regimes in Supreme Court decision making. **American Political Science Review**, v. 96, n. 2, p. 305-320, 2002.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. [s.l.]: Harvard University Press, 2009.

SEGAL, Jeffrey A; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. [s.l.]: 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**, v. 1, n. 1, p. 180-200, 2015.

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

SISK, Gregory C; HEISE, Michael; MORRISS, Andrew P. Charting the influences on the judicial mind: an empirical study of judicial reasoning. **NYUL rev.**, v. 73, p. 1377, 1998.

SKLEARN.FEATURE_EXTRACTION.TEXT.TFIDFVECTORIZER — SCIKIT-LEARN 0.20.0 DOCUMENTATION. Disponível em: http://scikit-learn.org/stable/modules/generated/sklearn.feature_extraction.text.TfidfVectorizer.html. Acesso em: 4 nov. 2018.

SKLEARN.MODEL_SELECTION.TRAIN_TEST_SPLIT — SCIKIT-LEARN 0.20.0 DOCUMENTATION. Disponível em: http://scikit-learn.org/stable/modules/generated/sklearn.model_selection.train_test_split.html. Acesso em: 4 nov. 2018.

STERN, HENRI, Zhu, Michael. Predicting Supreme Court Decisions Using Supervised Learning. Disponível em: <http://docplayer.net/78135288-Predicting-supreme-court-decisions-using-supervised-learning.html>. Acesso em: 6 nov. 2018.

SUPREME COURT FORECASTING 2002: FORECAST. Disponível em: <http://wusct.wustl.edu/forecast.php>. Acesso em: 27 fev. 2019.

SUPREMO EM NÚMEROS. Disponível em: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>. Acesso em: 4 nov. 2018.

THE SUPREME COURT DATABASE. Disponível em: <http://supremecourtdatabase.org/>. Acesso em: 19 nov. 2018.

1.13. FEATURE SELECTION — SCIKIT-LEARN 0.20.0 DOCUMENTATION. Disponível em: http://scikit-learn.org/stable/modules/feature_selection.html#variance-threshold. Acesso em: 4 nov. 2018.

3.2.4.3.1. SKLEARN.ENSEMBLE.RANDOMFORESTCLASSIFIER — SCIKIT-LEARN 0.20.0 DOCUMENTATION. Disponível em: <http://scikit-learn.org/stable/modules/generated/sklearn.ensemble.RandomForestClassifier.html>. Acesso em: 5 nov. 2018.

4.2. FEATURE EXTRACTION — SCIKIT-LEARN 0.20.0 DOCUMENTATION. Disponível em: http://scikit-learn.org/stable/modules/feature_extraction.html#text-feature-extraction. Acesso em: 4 nov. 2018.

A CONSTITUCIONALIDADE DA INSTITUIÇÃO DE POLÍTICAS DE COTAS RACIAIS NA INICIATIVA PRIVADA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

MARCOS PATRICK NUNES ALVES

Resumo

O presente trabalho tem como escopo principal verificar se as proposições legislativas em tramitação na Câmara dos Deputados, bem como no Senado Federal, que visam a instituir a obrigatoriedade de reserva de vagas para a população negra em setores da iniciativa privada, estão em compatibilidade com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) firmado na ADPF 186 e na ADC 41. Para cumprir com esse propósito, em primeiro lugar, será verificado se os argumentos utilizados pelos ministros nos referidos casos podem funcionar como precedentes vinculantes. Em segundo lugar, por meio da definição de *ratio decidendi*, objetiva-se identificar se os projetos de lei selecionados cumprem com os requisitos definidos pelos ministros no julgamento dessas duas ações, que tiveram como resultado a declaração da constitucionalidade da instituição de ações afirmativas de cunho étnico-racial. Sobre esse ponto, não obstante ser possível a instituição de cotas na iniciativa privada em função da persistência de discriminação racial no Brasil, é imprescindível verificar se os critérios utilizados pelos ministros do STF, para justificar as ações afirmativas, em casos passados, são encontrados nos projetos de lei que disciplinam a matéria.

Palavras-chave

ADPF 186. ADC 41. Cotas raciais. Discriminação racial. Iniciativa privada. *Ratio decidendi*.

Abstract

This paper aims to verify if the legislative proposals in progress at the National Congress and the Federal Senate, which seek to establish a system of racial quotas in private sector, are in accordance with the understanding of the Brazilian Supreme Court (STF) firmed in the judgment of ADPF 186 and ADC 41. For this purpose, firstly, it is going to be verified if the arguments used by the ministers of STF on the referred cases can work as bidding precedents. Second-

dly, based on the definition of *ratio decidendi*, the objective is to identify if the selected bills comply with the requirements defined by the ministers of STF on the judgment of these actions that have resulted in the declaration of constitutionality of affirmative actions in promoting racial equality. Regarding this point, in spite of the possibility to set forth racial quotas in the private sector due to the persistence of racial discrimination in Brazil, it is essential to check if the justifications adopted by the ministers of STF in past cases are detected in the legislative proposals that intend to discipline this issue.

Keywords

ADPF 186. ADC 41. Racial quotas. Racial discrimination. Private sector. *Ratio decidendi*.

1 Introdução

O presente trabalho insere-se em um contexto de discussão sobre a possibilidade de instituição de política de cotas raciais em setores da iniciativa privada. Alguns projetos de lei (PL) selecionados em curso na Câmara dos Deputados¹ e no Senado Federal² buscam destinar à comunidade afro-brasileira reserva de vagas nas empresas que desempenham atividades de cunho econômico no país. Os parlamentares justificaram a apresentação desses PL em razão da existência de discriminação disseminada, por motivo de raça, cor, ascendência ou origem racial, no mercado de trabalho brasileiro.

De acordo com o deputado Luiz Bittencourt (PMDB/GO), autor do projeto de lei (PL) 3.147/2000, que visa a assegurar 10% (dez por cento) do total de vagas da empresa para trabalhadores negros, ainda são registrados baixos índices de participação daqueles na economia formal, de forma que as políticas afirmativas se mostram necessárias para diminuir as diferenças de oportunidades disponíveis para negros e brancos³.

1 Na Câmara dos Deputados, foram consultados cinco projetos de lei que, embora com teor diferenciado, têm por objeto justamente assegurar a política de cotas raciais nas empresas que desempenham atividades econômicas no país. Nesse sentido, podemos citar os seguintes projetos de lei: **PL nº 2.697/2007**, de autoria do deputado Evandro Milhomen (PCdoB/AP); **PL nº 3.147/2000**, de autoria do deputado Luiz Bittencourt (PMDB/GO, atual MDB); **PL nº 9.771/2018**, de autoria do deputado Luiz Couto (PT/PB); e o **PL nº 5.882/2005**, de autoria do Deputado Vicentinho (PT/SP).

2 No Senado Federal, por sua vez, foi encontrado o **PLS nº 235/2008**, de autoria do senador Paulo Paim (PT/RS), que tem por objeto também a instituição de política de cotas raciais no setor privado.

3 A justificativa para a apresentação do PL em voga pode ser consultada através do link: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CEF-042FBA3E6221A6B829F56E4A34403.proposicoesWebExterno2?codteor=16275&filena-me=PL+3147/2000. Acesso em: 18 out. 2018.

Em duas decisões paradigmáticas, o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou a constitucionalidade da instituição de reserva de cotas para brasileiros autodeclarados negros nas universidades públicas e no serviço público. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186, do Distrito Federal⁴, o STF decidiu que não viola a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) a instituição de reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. Na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 31 do, Distrito Federal⁵, o STF decidiu que a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, não ofende a CRFB.

Embora se tenha observado o avanço de políticas públicas para a comunidade negra nos últimos anos no país, considerando que houve um aumento de sua participação nas universidades⁶, ainda não existe qualquer lei ordinária dispondo sobre a possibilidade de instituição de cotas raciais na iniciativa privada. Conforme mencionado, existem, contudo, alguns PL em trâmite no poder legislativo que visam a criar esse tipo de política, com o objetivo de garantir a inclusão de pessoas negras no mercado de trabalho, as quais, por seu turno, são as que mais sofrem com a falta de oportunidades e de acesso às melhores posições no mercado formal.

Nesse cenário, o presente trabalho procurará responder ao seguinte problema: **Os PL selecionados, que visam a instituir cotas raciais para pessoas negras nas empresas, estão em compatibilidade com a CRFB, de acordo com o entendimento já firmado pelo STF sobre a adoção de ações afirmativas de cunho étnico-racial?**

A análise do problema em questão mostra-se relevante considerando os índices que evidenciam a participação da população negra no mercado de trabalho formal. Segundo dados de uma pesquisa do instituto Ethos, que buscou verificar a composição étnica dos funcionários de empresas no Brasil, apenas

4 STF — ADPF: 186. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Data de Julgamento: 26/04/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 18 out. 2018.

5 STF — ADC: 41. Relator: Min. LUÍS ROBERTO BARROSO. Data de Julgamento: 08/06/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 18 out. 2018.

6 De acordo com uma pesquisa realizada pela Andifes, a participação dos negros nas universidades teve um aumento de 47,7% entre o período de 2003 a 2016. Ao medir o perfil dos estudantes da graduação em 2016, verificou-se que 8,72% deles são negros, número este superior ao registrado no ano de 2003, em que menos de 6% dos estudantes das instituições de ensino superior eram considerados negros. Disponível em: https://istoe.com.br/149761_ESTUDANTES+NEGROS+SAO+MENOS+DE+10+NAS+UNIVERSIDADES+FEDE-RAIS/. Acesso em: 18 out. 2018.

6,3% das pessoas negras ocupam cargos de gerência e 4,7% no quadro executivo de grandes corporações, apesar de a população negra corresponder a mais da metade da população brasileira. Além da falta de representatividade dessa população no mercado de trabalho, a pesquisa observou também haver dificuldade por parte dessas empresas de corrigirem essa distorção por meio da implementação de ações afirmativas internas. Isso porque, das 117 empresas consultadas, apenas 14 possuíam alguma forma de iniciativa visando à instituição de políticas reparatórias para corrigir a disparidade de representação entre brancos e negros⁷.

Da mesma maneira, os índices do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) evidenciam uma distorção clara entre a população branca e negra no que tange à escolaridade, aos rendimentos anuais e à participação no mercado formal. Em 2016, dentre o total de pessoas com os 10% menores rendimentos, pretos ou pardos correspondiam a 78,5%, contra 20,8% de brancos. Agora, no grupo dos 10% maiores rendimentos, pretos ou pardos correspondiam a apenas 24,8%⁸. O estudo também permitiu avaliar que o nível de ocupação e frequência escolar são mais altos para jovens brancos do que para jovens pretos ou pardos. Dessa forma, o percentual de jovens desse grupo fora das salas de aula chegou a 29,1% em 2016. A taxa de desocupação da população negra girou em torno de 13,2% contra 9,1% dos brancos⁹. De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), referente ao terceiro trimestre de 2017, dos 13 milhões de brasileiros desocupados, 8,3 milhões eram pretos ou pardos (63,7%), ao mesmo tempo em que 66% dos trabalhadores domésticos no país eram formados por pessoas do mesmo grupo¹⁰.

A pesquisa também demonstrou que a população negra é a que mais sofre com os efeitos da alta taxa de inflação e do desemprego, possuindo rendimentos inferiores ao da população branca. A média do rendimento nacional foi de R\$ 2.043,00 no quarto trimestre de 2016. O rendimento médio dos negros, por sua vez, ficou em R\$ 1.461,00, e dos pardos, em R\$ 1.480,00, ao passo que a população branca apresentou rendimento acima da média, ficando em R\$ 2.660,00¹¹.

7 Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/blogs/ecoando/mercado-de-trabalho-ainda-e-excludente-para-negros-no-brasil/>. Acesso em: 18 out. 2018.

8 IBGE. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. p. 61.

9 Ibid., p. 51.

10 IBGE. **Pretos ou pardos são 63,7% dos desocupados**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18013-pretos-ou-pardos-sao-63-7-dos-desocupados>. Acesso em: 19 out. 2018.

11 PEQUENA EMPRESAS & GRANDES NEGÓCIOS. **Negros e pardos têm rendimento bem inferior ao da população branca, diz IBGE**. Disponível em: <https://revistapegn.globo.com/Negocios/noticia/2017/02/pegn-negros-e-pardos-tem-rendimento-bem-inferior-ao-da-populacao-branca-diz-ibge.html>. Acesso em: 19 out. 2018.

O valor do rendimento dos negros abaixo da média pode ser explicado por diversos fatores, dentre os quais podemos mencionar: (i) baixo nível de escolaridade, (ii) ocupação de cargos de menor prestígio e rendimento, (iii) dificuldade de acesso ao mercado formal e (iv) existência de racismo institucionalizado no mercado de trabalho. Em relação ao quarto ponto, a literatura tem observado que a dificuldade de inclusão do negro no mercado de trabalho se dá também em função da existência de discriminação. Segundo estudo realizado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT): “as discriminações de gênero e raça são fatores que determinam fortemente as possibilidades de acesso e permanência no emprego, assim como as condições de trabalho, incluindo os níveis de remuneração, os direitos e a proteção social a ele associados”¹².

Para contornar tais distorções, a criação de ações afirmativas na iniciativa privada pode ser um caminho a ser trilhado pelo poder público em parceria com os particulares para corrigir discriminações de cunho racial visivelmente observadas no mercado formal. Nas palavras do ex-ministro Joaquim Barbosa:

As ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais, como a educação e o emprego¹³.

Em razão da relevância dada ao tema, o objetivo principal deste trabalho é verificar se a ADPF nº 186 e a ADC nº 41 podem funcionar como precedentes para justificar a constitucionalidade de eventual lei que disponha sobre a política de cotas raciais nas empresas privadas. Sendo assim, os argumentos dos ministros serão analisados minuciosamente para verificar qual foi a *ratio decidendi*¹⁴ mais próxima do tribunal nesses dois casos, os quais tiveram votação unânime.

Com o propósito de enfrentar o problema principal, o trabalho será dividido em três etapas.

12 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Igualdade de gênero e raça no trabalho: avanços e desafios**. Brasília: 2010. p.11.

13 GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado, a.38 n. 151, p. 129-152, jul./set. 2001.

14 O conceito de *ratio decidendi* será explicado com mais profundidade no primeiro capítulo. Por ora, entende-se como *ratio decidendi* o fundamento da decisão do Tribunal.

A primeira etapa consiste no levantamento da literatura sobre o sistema de precedentes, tendo como base principal as ideias de Frederick Schauer. Do mesmo modo, alguns critérios para a delimitação da *ratio decidendi* serão apresentados, a fim de se verificar se a ADPF nº 186 e a ADC nº 41 podem funcionar como precedentes da corte.

A segunda etapa consiste em uma análise dos argumentos utilizados pelos ministros do STF na ADPF nº 186 e na ADC nº 41. Fundamentado nos critérios definidos no capítulo antecedente, o objetivo principal desse capítulo é identificar a *ratio decidendi* mais próxima do tribunal. Assim, serão apresentadas duas tabelas com os principais argumentos identificados e a posição dos ministros sobre cada um deles. A identificação da *ratio decidendi* mais próxima do tribunal será fundamental para saber se os PL selecionados em trâmite no poder legislativo, que visam à instituição das políticas de cotas raciais na iniciativa privada, estão em consonância com o entendimento do STF.

Por fim, a terceira etapa possui dois objetivos principais: (i) trazer uma revisão da literatura sobre a questão da discriminação racial no Brasil e da exclusão da população negra do mercado de trabalho, o que pode dar ensejo a uma discussão sobre a necessidade de implementação de políticas afirmativas no setor privado; (ii) verificar se os PL selecionados, que visam a instituir cotas raciais na iniciativa privada, estão em conformidade com o entendimento do STF, firmado na ADPF nº 186 e na ADC nº 41. Ressalta-se nesse ponto que, não obstante ser possível a instituição de cotas na iniciativa privada em função da persistência de discriminação racial no Brasil, é imprescindível verificar se os critérios utilizados pelos ministros do STF para justificar as ações afirmativas, em casos passados, são encontrados nos PL que disciplinam a matéria.

2 Apontamentos teóricos sobre o sistema de precedentes

Este capítulo visa a esboçar os fundamentos teóricos que servirão de base para verificar se a ADPF nº 186 e a ADC nº 41 podem funcionar como precedentes capazes de justificar eventual análise a respeito da constitucionalidade da instituição de políticas de cotas raciais na iniciativa privada. Para alcançar tal propósito, sob a ótica de Frederick Schauer, será realizada uma breve análise sobre a noção do sistema de precedentes, bem como dos critérios que podem ser utilizados para a estipulação dos fundamentos coletivos de uma decisão do STF.

2.1 Precedentes sob a Ótica de Frederick Schauer

Frederick Schauer, no capítulo III de seu livro **Thinking like a lawyer**, traz um estudo sobre o sistema de precedentes e da delimitação dos critérios que podem servir como parâmetros para a observância de decisões passadas. Para o

autor, o princípio fundamental da tomada de decisão, realizada com base em precedentes, diz respeito à ideia de que os tribunais devem se ater a decisões passadas, ou seja, caso estejam diante de questões jurídicas idênticas ou semelhantes, as respostas para os problemas devem ser as mesmas¹⁵.

No sistema jurídico da *common law*, de acordo com Schauer, existem dois modelos de precedentes que, embora sejam diferentes do ponto de vista conceitual, guardam consigo uma forte relação de vinculação, uma vez que os tribunais devem observar decisões passadas. Assim, temos os precedentes verticais e os precedentes horizontais. Os precedentes verticais partem da premissa de que cortes inferiores devem seguir decisões pretéritas de cortes superiores dentro de suas competências jurisdicionais. Essa subordinação decorre da concepção de que os tribunais superiores exercem autoridade sobre os tribunais inferiores, o que acaba por tornar as decisões daqueles vinculantes¹⁶.

Os precedentes horizontais, por sua vez, são aqueles nos quais há obrigação das cortes de seguirem suas próprias decisões. Essa obrigatoriedade é conhecida como “*stare decisis doctrine*”. Segundo essa doutrina, espera-se das cortes que elas julguem questões postas a ela da mesma forma como foram decididos casos semelhantes no passado, ainda que os membros dessa corte tenham mudado, ou mesmo que os membros atuais tenham alterado seu entendimento sobre o que foi decidido anteriormente¹⁷. Apesar de a discussão sobre a eficácia vinculante dos precedentes ser típica dos países que adotam o sistema jurídico da *common law*, o ordenamento jurídico brasileiro parece estar alinhado com a ideia de aplicação de casos julgados no passado a casos correlatos no futuro, tendo em vista que o novo Código de Processo Civil (NCPC) estabelece que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”¹⁸.

O sistema de precedentes está relacionado diretamente com a noção de estabilidade. Isso quer dizer que, ainda que os juízes considerem a decisão base do precedente como equivocada ou incapaz de gerar os melhores resultados para o caso atual sob *judice*, é necessário garantir a aplicação da decisão ante-

15 SHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. London: Harvard University Press, 2009.

16 No ordenamento jurídico brasileiro, há uma regra constitucional muito parecida com esse critério definido pelo autor. Isso porque, com a EC nº 45/2004, as decisões de mérito proferidas pelo STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, passaram a produzir eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do poder judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. No entanto, não obstante tal semelhança, é preciso fazer uma ponderação. O que vincula nessas decisões do STF é a parte dispositiva, ou seja, o resultado a que chegaram os ministros. Uma teoria dos precedentes exige algo que vai além disso, uma vez que a fundamentação utilizada pelos ministros, de alguma forma, também faz parte da *ratio decidendi* do tribunal, possuindo, do mesmo modo, efeitos vinculantes.

17 SCHAUER, op. cit., p. 37.

18 Art. 926, Lei nº 13.105/15.

riormente tomada para evitar mudanças abruptas de entendimento por parte das cortes. Dessa forma, a sistemática de vinculação de decisões pretéritas visa a assegurar os valores da estabilidade, da consistência e do respeito ao passado¹⁹. Nesse sentido, de acordo com Schauer, traduzido por Fábio Shecaira, Noel Struchiner e Diego Werneck:

Na verdade, o compromisso do raciocínio jurídico em tomar decisões de acordo com precedentes vai ainda mais longe. Ao tipicamente exigir que decisões judiciais sejam feitas de acordo com precedentes, **o direito se compromete com a noção de que, muitas vezes, uma decisão que siga os precedentes é melhor do que uma decisão correta, e que, frequentemente, é mais importante uma dada decisão seguir os precedentes do que ter as melhores consequências**²⁰. (Grifo do autor)

A seleção do precedente que será utilizado para justificar uma nova decisão parte do conceito de *ratio decidendi*, que pode ser compreendido como fundamento ou razão da decisão do tribunal. Portanto, precisamos saber não apenas o que o tribunal decidiu, mas também identificar os passos que foram tomados pelos julgadores para chegarem a determinada conclusão. Aqui, se quer verificar o porquê de o tribunal ter escolhido determinada tese em detrimento de outra. Nesse sentido, os precedentes possuem justificativas ou razões subjacentes que os tornam vinculantes e válidos. A vinculação é verificada a partir do momento em que casos futuros incidam no âmbito da *ratio decidendi* do caso precedente²¹. Em alguns casos, o tribunal já explicita de forma clara qual foi a regra jurídica que gerou determinado resultado²².

Em outros casos, no entanto, a *ratio decidendi* não fica muito clara. Conforme ponderam Adriana Vojvodic, Ana Mara França Machado e Evorah Lusci Costa Cardoso, mesmo em uma votação unânime, nem sempre é possível identificar uma única *ratio decidendi*, uma vez que os ministros podem: (a) estabelecer uma *ratio decidendi* individual em seus votos, (b) divergir quanto aos

19 SCHAUER, op. cit., p. 44.

20 SCHAUER, op. cit. Tradução livre de Fábio Shecaira, Noel Struchiner e Diego Werneck. Disponível em: <https://ziladoc.com/download/frederick-schauer-thinking-like-a-lawyer-hup-2009-traduaopdf>. Acesso em: 30 nov. 2018.

21 SCHAUER, op. cit.

22 Nesse ponto, é interessante notar que o art. 208, parágrafo único, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia (TJ/BA), estabelece que a *ratio decidendi* constitui parte integrante do acórdão que será redigido pelo relator do caso. Segundo tal dispositivo, “constitui parte integrante do acórdão a respectiva ementa, na qual será indicada a *ratio decidendi* em que se fundou a decisão”. Disponível em: http://www5.tjba.jus.br/juizadosespeciais/imagens/pdf/legislacao/regimento_interno_tribunal_justica_bahia.pdf. Acesso em: 29 nov. 2018.

argumentos utilizados para enfrentar o problema, e (c) divergir quanto ao próprio problema a ser solucionado pela corte²³.

Ao analisarmos determinado precedente, a fim de verificar se ele é vinculante ou não, é necessário separar aquilo que é considerado *ratio decidendi*, que corrobora diretamente para a conclusão do tribunal, daquilo que foi dito apenas de passagem, como observação ou para reforçar determinado argumento. Além disso, temos de verificar se o caso em análise incide sobre a razão de decidir do tribunal.

Dessa maneira, alguns fatos são relevantes para a chegada de conclusão de um aplicador do direito, enquanto outros nem tanto. Tudo aquilo que não for considerado como integrante dos fatos e que é “dito de passagem”, sem interferência direta para o resultado final da decisão, é chamado de *obiter dictum*. Para Schauer, *obiter dictum* é tudo aquilo “que é extra, não estritamente necessário para atingir, justificar ou explicar o resultado do caso”²⁴.

2.2 Modelos possíveis de identificação da *ratio decidendi*

Como já mencionado, a tarefa de realizar a identificação da *ratio decidendi* do tribunal não é fácil. Em alguns casos já julgados pelo STF, observou-se que não ficou muito nítido o ponto em comum na fundamentação dos ministros. Na ADPF nº 132, que tratou da constitucionalidade da união homoafetiva, a despeito de os ministros presentes terem votado pela procedência do pedido, cada um deles apresentou sua razão de decidir, procurando mostrar seu entendimento sobre o tema. O resultado disso foi que a ementa da decisão não refletiu de forma muito clara qual foi a *ratio decidendi* do tribunal²⁵. Na ADPF nº 130, em que se discutiu a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, houve uma grande dificuldade de identificação da razão de decidir do tribunal, dando ensejo à reclamação nº 9.428, que tinha como objetivo interpretar os votos dos ministros para a delimitação da *ratio decidendi*²⁶.

Diante dessa dificuldade, observa-se que a própria doutrina nacional vem apresentando alguns critérios que podem ser levados em consideração para a delimitação da razão de decidir do STF. Nesse sentido, Danilo Almeida e An-

23 VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 15, jun. 2009.

24 Ibid.

25 PANUTTO, Peter. A plena deliberação do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil. *R. Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 18, n. 2, p. 205-226, maio/ago. 2017. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/941>. Acesso em: 7 nov. 2018.

26 Ibid., p. 211.

dré Bogossian apresentam três possíveis alternativas que podem ser utilizadas para a identificação da *ratio decidendi*, quais sejam²⁷:

- a) **Modelo agregativista:** o critério utilizado é o da identificação das teses jurídicas que tiveram adesão da maioria dos ministros. Por meio do cotejo entre os fundamentos apresentados pelo ministro/relator e pelos demais membros da corte, será possível identificar o argumento comum que conduziu todos a votar no mesmo sentido.
- b) **Modelo negacionista:** para os adeptos dessa corrente, não existe fundamentação coletiva nos casos analisados por cortes constitucionais. Sendo assim, “cada ministro seria um estado soberano” e quase não há espaço para a criação de canais de comunicação entre os votos dos ministros. Segundo pondera Conrado Mendes, “não há, exceções à parte, razões compartilhadas pela maioria dos ministros, razões que, boas ou ruins, pudéssemos generalizar como do tribunal”²⁸.
- c) **Modelo delegacionista:** o relator assume um papel de protagonista nesse modelo. Dessa forma, a fundamentação da corte é idêntica à fundamentação do relator, o qual é responsável pela abertura da discussão e da elaboração da ementa.²⁹ Sendo assim, “o primeiro ministro a proferir um voto vencedor acaba fornecendo, através da fundamentação de seu voto, as razões de decidir da corte”³⁰.

Nesse cenário, Almeida e Bogossian apresentaram um estudo evidenciando a importância do papel do relator nas decisões coletivas do STF a partir de 2005. Para eles, há indícios de que a “corte remete suas razões de decidir para o voto do relator do acórdão”³¹. Como resposta à hipótese de que o papel do relator passou a ser mais central, com o aumento de acórdãos que trazem a expressão “nos termos do voto do relator”, Virgílio Afonso rebate o argumento apresentando alegando que, na realidade, os ministros levam para a sessão de julgamento seus votos já escritos, de forma que o relator não exerceria, nos casos mais complexos, um papel primordial na delimitação da *ratio decidendi* do tribunal³².

27 ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, André Martins. Nos termos do voto do relator: considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, p. 288-289, 2016.

28 MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 1º fev. 2010. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0102201008.htm>. Acesso em: 7 nov. 2018.

29 ALMEIDA, op. cit., p. 290.

30 Ibid., p. 290.

31 ALMEIDA, op. cit., p. 263.

32 DA SILVA, Virgílio Afonso. O Relator dá voz ao STF. Uma réplica a Almeida e Bogossian. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 2, p. 1420, 2016.

A despeito dessa discussão doutrinária, a análise dos dois casos a seguir será fundamental para a realização de um cotejo entre os argumentos utilizados pelos ministros em seus votos. Portanto, visa-se a estabelecer pontos em comum na fundamentação dos ministros do STF no julgamento da ADPF nº 186 e da ADC nº 41, com o objetivo de verificar se essas duas decisões podem funcionar como precedentes horizontais em uma eventual análise de constitucionalidade da instituição de política de cotas de cunho étnico-racial na iniciativa privada.

3 Como os ministros decidiram? Análise da ADPF nº 186 e da ADC nº 41

O terceiro capítulo tem como objetivo traçar os argumentos utilizados pelos ministros em seus votos para justificar a criação de ações afirmativas de cunho étnico-racial no acesso ao ensino superior, bem como ao serviço público. Para esse propósito, será feita uma breve análise dos votos de cada ministro nas duas referidas ações. Depois disso, será apresentada uma tabela cujo principal objetivo é traçar os pontos em comum na argumentação de cada um deles. Assim, será possível constatar qual foi a *ratio decidendi* mais próxima do tribunal nos dois casos, se é que é possível falar de uma única fundamentação, conforme será visto abaixo.

3.1 ADPF nº 186

3.1.1 Histórico do caso

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, do Distrito Federal, foi ajuizada pelo Partido Democratas (DEM), com pedido liminar, com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade da Ata de Reunião Extraordinária do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE); da Resolução 38, de 18 de julho de 2003, do CEPE; do Plano de Metas para Integração Social Étnica e Racial da Universidade de Brasília (UnB) e de alguns itens do Edital 2, de 20 de abril de 2009, do 2º vestibular de 2009 da UnB. Esses atos foram alvos de contestação por parte do DEM por conta da destinação de reserva de 20% das vagas para candidatos autodeclarados negros e pardos³³.

Para embasar a propositura da ação, o DEM, que é legitimado ativo, nos termos do art. 103, VIII, da CRFB/1988 e do art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, apresentou os seguintes argumentos³⁴:

1. Os atos praticados pela UnB violam diretamente os arts. 1º, *caput*, III; 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV, 37, *caput*, 205, 206, *caput*, I,

33 STF — ADPF: 186, Relator Min. Ricardo Lewandowski. op. cit.

34 Ibid., p.11-15.

207, *caput*, e 208, V, todos da CRFB/1988. Pondera, desse modo, que a discriminação verificada no Brasil é decorrente da condição social do indivíduo, não tendo origem em motivações raciais.

2. A possibilidade da instituição do sistema de cotas raciais tem sido objeto de decisões contraditórias por parte da magistratura de primeira e segunda instância, o que preenche o requisito da “existência de decisões contraditórias”, a que se refere o art. 1º, I, da Lei nº 9.882/99, para o ajuizamento da ação.
3. Não cabimento da “teoria da justiça compensatória” para justificar a implementação de políticas afirmativas raciais, uma vez que as gerações atuais não podem responder por erros praticados por gerações passadas.
4. Dificuldade de se estabelecer critérios objetivos para determinar quem pode ser beneficiário das cotas raciais no país, o que torna a política pública em questão meramente simbólica e sem eficácia. Tal argumento decorre do fato de o Brasil ser considerado um país altamente multirracial, caracterizado por seu elevado grau de miscigenação.
5. A distinção feita com base na cor poderia levar a um cenário parecido com o observado em Ruanda e nos Estados Unidos, onde a utilização de classificação de critérios raciais entre brancos e negros levou a uma segregação desses grupos. Assim, a utilização de cotas raciais poderia potencializar conflitos de natureza étnica. O partido argumenta ainda que a desigualdade entre negros e brancos não tem origem na cor, pois a escravidão foi um processo que decorreu de interesses meramente econômicos, e não raciais.
6. Apresentou pedido liminar postulando a suspensão do vestibular de julho de 2009, a divulgação de nova lista de aprovados pelo CESPE, a proibição de publicação de novos editais com a reserva de vagas para negros e pardos e, por fim, a suspensão de todos os processos que envolvessem a aplicação de critérios raciais no ingresso ao ensino superior.

Os arguidos, reitor da UnB, diretor do CESPE e o presidente do CEPE, prestaram informações e declararam que a existência apenas de medidas de combates à discriminação não são suficientes para coibir práticas discriminatórias e que, apesar de não ter existido leis de segregação racial no Brasil, o racismo está presente de forma velada e camuflada na sociedade brasileira³⁵. Dessa forma, considerando a baixa representatividade da população negra no ambiente das universidades públicas, o sistema de cotas raciais seria importante para garantir maior democratização no acesso ao ensino superior.

35 STF — ADPF: 186, Relator Min. Ricardo Lewandowski. op. cit., p. 17.

O parecer da Procuradoria Geral da República (PGR) foi no sentido de declarar improcedente a ADPF, porquanto a instituição desse tipo de política pública está dentro da prerrogativa do poder público de garantir um ambiente mais plural e diversificado nos ambientes acadêmicos, o que pode ser fundamental para a “superação do racismo e do fortalecimento da autoestima e do combate ao preconceito”³⁶. Do mesmo modo, o parecer da PGR rejeitou o pedido liminar sob o argumento de que há um *periculum in mora inverso*, ou seja, caso fosse concedido o pedido da arguente, haveria um prejuízo enorme para as pessoas que já se beneficiam das cotas e para a implementação de políticas de idêntico teor em outras universidades³⁷.

A manifestação da Advocacia Geral da União (AGU) foi no mesmo sentido. A AGU declarou ser constitucional a instituição de políticas de cotas raciais tendo em vista a existência de discriminação racial na sociedade brasileira. Destacou também que o pedido liminar não teria cabimento em razão da existência do *periculum in mora inverso*, tal como destacado pela PGR. Dessa forma, pugnou pelo indeferimento da cautelar e pela improcedência da ADPF.

Devido à importância e à relevância da ação, diversas instituições candidataram-se para participar como *amicus curiae*, dentre as quais podemos mencionar: a Defensoria Pública da União (DPU), o Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA), a Sociedade Afro-Brasileira de Desenvolvimento Sócio Cultural (AFROBRAS), a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a Fundação Cultural Palmares, o Movimento Negro Unificado (MNU), a ONG Educafro, dentre outras. No dia 3 de março de 2012, ocorreu o pronunciamento de representantes das instituições estatais em audiência pública. Nesse sentido, para citar alguns exemplos, o Advogado-Geral da União, Luís Roberto Adams, argumentou que as ações afirmativas em questão “revelam uma atuação estatal amplamente consentânea com a CRFB, pois foram elaboradas a partir da autonomia universitária”³⁸. Do mesmo modo, a representante do Ministério da Educação e da Secretaria de Educação Superior, Maria Paula Bucci, observou que “as ações afirmativas são procedimentos adotados para promover uma maior equidade no acesso à educação”³⁹.

No dia 26 de abril de 2012, o STF, sob a presidência do ministro Ayres Britto, julgou totalmente improcedente a ADPF, por unanimidade, reconhecendo que as ações afirmativas para ingresso no ensino superior, fundadas no critério étnico-racial, têm respaldo constitucional, sendo relevantes para o combate às discriminações raciais. Participaram do julgamento os seguintes ministros:

36 STF — ADPF: 186, Relator Min. Ricardo Lewandowski. op. cit., p. 18.

37 Ibid., p. 18.

38 Ibid., p. 26.

39 Ibid., p. 27.

Ricardo Lewandowski (relator), Luiz Fux, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Ayres Britto. Não participaram do julgamento o ministro Dias Toffoli, que se declarou impedido por já ter assinado parecer favorável à política de cotas quando era membro da AGU⁴⁰, e o ministro Celso de Mello, que cancelou o seu voto.

3.1.2 Argumentos utilizados pelos ministros

Nesta seção, serão abordados os argumentos extraídos dos votos dos nove ministros participantes da sessão de julgamento do dia 26 de abril de 2012, que, por unanimidade, indeferiram o pedido do DEM para reconhecer a inconstitucionalidade da reserva de 20% das vagas para ingressantes no ensino superior que se auto-declararam negros ou pardos no momento da inscrição para o vestibular da UnB.

3.1.2.1 Igualdade formal versus igualdade material

O ministro Ricardo Lewandowski observa que o conceito de igualdade não é estanque. Pondera que o constituinte brasileiro não se limitou a garantir a igualdade no plano formal no sentido de que “todos são iguais perante a lei”, conforme preceitua o art. 5º, *caput*, da CRFB/1988, pois é plenamente possível que o Estado lance mão de políticas públicas, com o objetivo de corrigir desigualdades, de forma a assegurar a igualdade material⁴¹. Observa na esteira desse raciocínio que o Estado pode distribuir bens sociais escassos como forma de assegurar a mitigação de desigualdades sociais e econômicas. Assim, por meio do critério de “justiça distributiva”, muito bem defendido por John Rawls, o ministro observa que a instituição de cotas raciais é uma forma de “distribuição de justiça”, a fim de gerar a inclusão social de grupos historicamente excluídos ou marginalizados⁴². Ressalta também que o próprio STF, em alguns precedentes, reconheceu a constitucionalidade de ações afirmativas⁴³.

O ministro Luiz Fux traz quatro premissas que justificam a constitucionalidade da política de cotas de cunho étnico-racial. A primeira delas é a constatação de que a pobreza no Brasil tem cor. De acordo com dados do IBGE, apesar de o grupo formado por pretos e pardos corresponder a mais de 50% da população do país, sua condição ainda é de desvantagem em relação à população branca nos principais índices sociais que medem o bem-estar social, tais como

40 BRESCIANI, Eduardo. Toffoli diz que estará ‘impedido’ de julgar cotas raciais. **G1**, 30 set. 2009. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL1324090-5601,00-TOFFOLI+DIZ+QUE+ESTARA+IMPEDIDO+DE+JULGAR+COTAS+RACIAIS.html>. Acesso em: 12 nov. 2018.

41 STF — ADPF: 186, Relator Min. Ricardo Lewandowski. op. cit., p. 50.

42 Ibid., p. 53.

43 Em seu voto, aparecem os seguintes precedentes que reconheceram a constitucionalidade de ações afirmativas: ADI nº 1.276/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto; e ADI nº 1.946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches.

renda, níveis de analfabetismo, acesso a saneamento básico, taxa de mortalidade etc.⁴⁴ A segunda premissa revela que a disparidade econômico-social observada entre esses segmentos é fruto de um processo histórico marcado pela escravidão e pela opressão racial. A terceira premissa parte do pressuposto de que a abolição da escravidão do final do século XIX não apagou a marca deixada pelo preconceito e pela discriminação contra a comunidade negra, que, no Brasil, é camuflada e institucionalizada⁴⁵. Por último, a quarta premissa constata que a adoção de políticas universalistas, com o objetivo de melhorar a situação econômico-social dos negros, não é suficiente para combater desigualdades econômicas pautadas por motivações raciais, de forma que o Estado pode se valer de ações de reconhecimento para garantir a “equalização das relações étnicas no Brasil”⁴⁶.

Portanto, o ministro ressalta a necessidade de reconhecimento da igualdade material como vetor de promoção de políticas sociais. Por conta disso, rejeita o argumento que tenta afastar a justiça compensatória, sob a alegação de que as gerações atuais não podem ser penalizadas pelos erros cometidos no passado, uma vez que a CRFB prevê como um dos seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CRFB/1988)⁴⁷.

3.1.2.2 Critério étnico racial para ingresso no ensino superior

O ministro Ricardo Lewandowski defende a constitucionalidade dos critérios “étnicos-raciais” utilizados pela UnB para a seleção de parte de seus discentes. Nesse sentido, menciona que, não obstante o STF ter declarado *no caso Ellwanger* que inexistente qualquer subdivisão de raça humana, o racismo persiste como fenômeno social⁴⁸. Para comprovar seu argumento, o ministro traz dados estatísticos do IBGE que denotam a desigualdade existente entre brancos e negros no que tange ao acesso à educação, ao mercado de trabalho e às universidades⁴⁹. Por conta disso, o critério puramente linear do mérito não pode ser interpretado de forma literal, pois faz-se necessário avaliar as peculiaridades de cada caso. Em razão de alguns concorrentes estarem em posições de desvantagem em relação a outros, o componente fenotípico, para além das avaliações objetivas de pontuação no vestibular, pode ser utilizado. Por fim, indica que a adoção de ações afirmativas cria um efeito simbólico, pois crianças negras passam a se projetar nessas novas lideranças que irão ocupar os principais postos de poder no país.

44 STF — ADPF: 186, Min. Luiz Fux, op. cit., p. 105.

45 Ibid., p. 106.

46 Ibid., p. 107.

47 Ibid., p. 111.

48 STF — ADPF: 186, Relator Min. Ricardo Lewandowski., p. 64.

49 Ibid., p. 68-71.

Para a ministra Rosa Weber, as cotas não ferem o critério do mérito, uma vez que, conforme apresentado nas audiências e nas informações prestadas pelos *amicus curiae*, os alunos cotistas precisam passar por uma nota de corte para ingressarem no ensino superior⁵⁰. No mesmo sentido, argumenta o ministro Luiz Fux ao afirmar que “o critério socioeconômico passa a figurar ao lado do mérito aferido na prova técnico-científica, como parâmetro para a admissão na universidade”⁵¹. Reconhece que o aluno negro oriundo de camada mais pobre tem mais dificuldade de competir com um aluno branco e de família rica. Tal fator pode ser levado em consideração na seleção dos discentes pelas universidades, não deixando de possuir caráter meritório⁵². Dessa forma, os ministros observam que o sistema de cotas está plenamente em consonância com o art. 208, V, da CRFB/1988, que menciona que o Estado assegurará acesso aos níveis mais elevados de ensino segundo a capacidade de cada um.

3.1.2.3 *Diversidade no Ambiente Acadêmico*

O ministro Ricardo Lewandowski aborda o papel integrador da sociedade, uma vez que a política de reserva de vagas permite a construção de um ambiente universitário mais plural e heterogêneo. Dessa forma, a universidade pode ser o espaço reservado para a construção do pensamento crítico e para a desmitificação de preconceitos enraizados na sociedade. Nesse sentido, o ministro observa que o componente da “diversidade do corpo estudantil” foi o critério utilizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos para justificar a constitucionalidade da adoção de critérios raciais pelas universidades americanas para a seleção de seus discentes [*Bakke v. Regents of the University of California* (1978), *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Grutter v. Bollinger* (2003)]⁵³.

O ministro Luiz Fux também ressalta a importância de se manter a diversidade no ambiente acadêmico, o que gera a inclusão de pessoas desfavorecidas e minorias étnicas. A experiência universitária torna-se mais rica e completa quando há pluralidade de pessoas de diferentes origens, culturas, etnias e classes sociais⁵⁴. Além disso, a inclusão de minorias étnicas no espaço acadêmico viabiliza a formação de lideranças negras no espaço público e privado⁵⁵.

3.1.2.4 *Constitucionalidade dos Critérios de Heteroidentificação*

Um dos pontos mais controvertidos na execução da política de cotas da UnB foi a instituição de uma comissão que teria a função de realizar entrevistas

50 STF — ADPF: 186, Min. Rosa Weber, op. cit., p. 129.

51 STF — ADPF: 186, Min. Luiz Fux, op. cit., p. 112.

52 Ibid., p. 112.

53 STF — ADPF: 186, Relator Min. Ricardo Lewandowski, op.cit., p. 77.

54 STF — ADPF: 186, Min. Luiz Fux, op. cit., p.112.

55 STF — ADPF: 186, Min. Luiz Fux, op. cit., p 113.

individuais com os candidatos às cotas, a fim de verificar a idoneidade da declaração dos mesmos como pertencentes ao grupo de negros e pardos, condição necessária sem a qual o indivíduo não poderia ser beneficiário da ação afirmativa. Sobre esse ponto, o ministro Ricardo Lewandowski observa que são plenamente constitucionais a adoção de critérios de autodeclaração e de heteroidentificação (identificação por terceiros), desde que se respeitem a dignidade pessoal dos candidatos⁵⁶. O ministro Luiz Fux, no mais, observa que a discriminação racial no Brasil tem origem na cor e nos traços fenotípicos das pessoas, de forma que a Comissão cumpriria o papel de evitar falsas declarações e fraudes na condução da implementação da política pública em questão⁵⁷. Por fim, o ministro Marco Aurélio defende que, apesar de ser relevante o argumento de que as comissões podem praticar arbitrariedades, isso por si só não funciona como premissa definitiva para inviabilizar a política de cotas. Deve-se, na verdade, presumir que as autoridades públicas irão utilizar critérios “razoavelmente objetivos” na consecução de seus trabalhos⁵⁸.

3.1.2.5 *Autonomia universitária*

O art. 207 da CRFB/1988 estabelece que “as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial [...]”⁵⁹. É dentro da regra da autonomia universitária que há respaldo constitucional para a criação de políticas públicas de cunho racial, ainda que inexistia lei dispondo sobre a matéria. A ministra Cármen Lúcia, nesse sentido, observa que não há violação ao art. 22, inciso XXIV, da CRFB/1988, que garante competência exclusiva à União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, uma vez que a União aprovou a Lei nº 9.394/1996 que garante às universidades, no exercício de sua autonomia, a prerrogativa de fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio (art. 53, IV)⁶⁰. Assim, de acordo com a ministra, não há que se falar em usurpação de competência dos atos praticados pela UnB, pelo CEPE e pelo CESPE, que instituíram a reserva de vagas com base no critério étnico-racial, visto que

56 A respeito dessa questão, o ministro traz um estudo de Daniela Ikawa. A autora traça algumas formas de atuação das comissões responsáveis que têm a função de realizar o controle na implementação de ações afirmativas, com o objetivo precípuo de evitar eventuais fraudes. Dessa forma, é plenamente possível (i) a elaboração de formulários com múltiplas questões sobre a raça; (ii) o uso de requerimento de declarações assinadas; (iii) a utilização de entrevistas; (iv) a exigência de fotos; e (v) a formação de comitês posteriores à autoidentificação dos candidatos. STF — ADPF: 186, Min. Ricardo Lewandowski, op. cit., p.84.

57 STF — ADPF: 186, Min. Luiz Fux, op. cit., p.119.

58 STF — ADPF: 186, Min. Marco Aurélio, op. cit., p. 217.

59 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, art. 209. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 7 nov. 2018.

60 STF — ADPF: 186, Min. Cármen Lúcia, op. cit., p. 141.

a União já exerceu a sua competência ao ter aprovado a Lei nº 9.394/1996, que, inclusive, garantiu autonomia funcional às universidades. No âmbito dessa autonomia conferida pelo legislador ordinário, há espaço para a criação de reserva de cotas.⁶¹

No mesmo sentido, o ministro Luiz Fux diz que a adoção de ações afirmativas estaria dentro da discricionariedade institucional conferida pela CRFB às universidades para a estipulação de critérios de seleção de seus discentes. Nesse sentido, a legislação brasileira, Lei nº 9.394/1996, Lei nº 10.172/2001, Lei nº 10.678/2003, Lei nº 10.558/2002 e Lei nº 12.228/2010, autoriza que as instituições públicas adotem programas de ações afirmativas que facilitem o acesso de minorias, vítimas de discriminação e que tiverem uma base deficitária, ao ensino superior⁶².

3.1.2.6 Transitoriedade das ações afirmativas

A resolução nº 38/2003 do CEPE prevê que a reserva de vagas do vestibular para candidatos negros e indígenas perduraria pelo prazo de 10 anos. Por conta disso, o ministro Ricardo Lewandowski constata que essa previsão estaria de acordo com a natureza de transitoriedade das políticas de ações afirmativas⁶³. A partir do momento em que as distorções históricas de exclusão dos negros dos espaços acadêmicos forem corrigidas, não subsiste razão para a manutenção desse tipo de política pública, pois seu objetivo já teria sido alcançado⁶⁴. Dessa maneira, esse tipo de política pública requer a manutenção do quadro de discriminação racial e de exclusão social de grupos minoritários. Caso contrário, “poderiam converter-se em benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo [...]”⁶⁵.

3.1.2.7 Proporcionalidade entre meios e fins

O ministro Ricardo Lewandowski observa a proporcionalidade da ação afirmativa. No caso do vestibular da UnB, a reserva de 20% das vagas do vestibular para estudantes negros e índios pelo prazo de 10 anos constitui medida adequada e proporcional ao atingimento do fim visado, no caso, a mitigação dos efeitos da discriminação racial⁶⁶. A ministra Rosa Weber desenvolveu mais esse argumento, realizando um teste de proporcionalidade mais evidente. Para ela, a instituição da política de cotas seria adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Quanto ao primeiro critério, a política de cotas raciais na UnB

61 Ibid., p 142.

62 STF — ADPF: 186, Min. Luiz Fux, op. cit., p. 116-118.

63 STF — ADPF: 186, Relator Min. Ricardo Lewandowski, op. cit., p.12.

64 Ibid., p, 89.

65 Ibid., p, 90.

66 STF — ADPF: 186, Relator Min. Ricardo Lewandowski, op. cit., p.91-92.

seria adequada, uma vez que foi observado um crescimento no número de alunos negros matriculados na instituição, assim como um esforço da universidade em mantê-los no seu corpo discente⁶⁷.

A medida também foi considerada necessária, já que não foi possível vislumbrar outra providência capaz de promover os mesmos objetivos a custos menores. O investimento em educação básica, que poderia ser considerado uma alternativa exequível, conforme ponderou, não surtiria efeitos rapidamente, considerando que seria necessário investimento estatal em longo prazo para o incremento da educação básica. Assim, a política de cotas raciais seria necessária; já que produziria efeitos imediatos ao corrigir o baixo índice de participação dos negros nas universidades; e temporários, uma vez que tenderia a desaparecer assim que fosse possível observar uma diminuição no quadro de desigualdade social.⁶⁸ Por fim, ressaltou que, ao se realizar uma ponderação de valores, não foi possível observar um desequilíbrio desfavorável à sua inconstitucionalidade. Muito pelo contrário, a instituição do sistema de cotas promove valores constitucionais relevantes, como a igualdade em sentido material, ao oportunizar maior acesso dos negros e índios às universidades públicas⁶⁹.

3.1.2.8 Possibilidade de instituição de ações afirmativas de acordo a própria Constituição Federal

Preocupado com a necessidade de promoção de grupos que não possuem oportunidades iguais de trabalho, de participação política e de representatividade, o constituinte originário estabeleceu diversos mecanismos para corrigir injustiças sociais ao prever a possibilidade de criação de políticas afirmativas para determinados grupos. Nesse sentido, o art. 3º, da CRFB/1988, estabelece que está entre os objetivos da CRFB o combate à discriminação de qualquer natureza. Além disso, o art. 7º, XX, da CRFB/1988 garante proteção às mulheres ao estipular a possibilidade de criação de incentivos específicos, nos termos da lei. E, por fim, o art. 37, VIII, da CRFB/1988 garante que um percentual dos cargos e empregos públicos serão destinados para pessoas portadoras de deficiência.

É nessa linha de argumentação que o ministro Ricardo Lewandowski pauta parte de seu voto. Ao mencionar que a Suprema Corte estadunidense teria feito a ressalva de que não seria constitucional o estabelecimento de reserva de vagas sem a adoção de outros critérios de avaliação do mérito, nos casos *Bakke v. Regents of the University of California* (1978), *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Grutter v. Bollinger* (2003), o ministro observou que a Constituição Federal vai além e estipula de forma expressa que a lei reservará percentual de vagas

67 STF — ADPF: 186, Min. Rosa Weber, op. cit., p. 127.

68 Ibid., p. 127.

69 Ibid., p. 128.

nos cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência, nos termos do art. 37, VIII, da CRFB/1988⁷⁰. Nessa perspectiva, cita o Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 26.071, situação na qual o STF permitiu a participação de candidato com visão monocular nas cotas para deficientes⁷¹.

3.2 ADC nº 41

3.2.1 Histórico do caso

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41, do Distrito Federal, com pedido de medida cautelar, foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), tendo por objeto a Lei nº 12.990/2014⁷². Tal diploma normativo prevê reserva de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos a candidatos pretos e pardos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta⁷³.

O autor justificou a apresentação da ação em razão da existência de decisões contraditórias sobre a validade da lei em diversas instâncias do país. Em primeiro lugar, argumentou que diversos magistrados, em ações do controle difuso, afastaram a incidência da Lei nº 12.990/2014 por considerarem que ações afirmativas de cunho racial em concurso público violam dispositivos constitucionais, tais como: (i) o direito à igualdade (art. 5º, *caput*, CRFB/88), (ii) a vedação à discriminação (art. 3º, IV, CRFB/1988), (iii) o princípio da eficiência (art. 37, *caput*, CRFB/1988), (iv) o princípio do concurso público (art. 37, II, CRFB/1988) e, por fim, (v) o princípio da proporcionalidade. Em segundo lugar, mencionou que diversos concursos em execução no país já estabelecem a reserva de vagas, nos termos da Lei nº 12.990/2014, e que o próprio Ministério Público já tinha ajuizado ação civil pública com o objetivo de assegurar a fiel aplicação da lei. Por fim, observou que há controvérsia quanto ao critério de identificação de cotas para fins de aplicação da Lei nº 12.990/2014, visto que houve a concessão de liminar para anular o edital do concurso que previa o envio de foto pelo candidato, no momento da inscrição, para a confirmação de sua autodeclaração⁷⁴.

Dessa forma, o requerente defende a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014 apresentando três fundamentos principais que embasam o seu pedido, quais sejam: (i) a instituição de ação afirmativa nos concursos públicos

70 STF — ADPF: 186, Relator Min. Ricardo Lewandowski, op. cit., p. 84.

71 STF — RMS: 26.071, Relator Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento em 13/11/2007, Primeira Turma.

72 STF — ADC: 41. Relator Min. Luís Roberto Barroso. op. cit.

73 Brasil. Art. 1º, Lei nº 12.990/2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12990.htm. Acesso em: 19 nov. 2018.

74 STF — ADC: 41. Relator Min. Luís Roberto Barroso. op. cit., p. 7-8.

visa a assegurar a redução da discriminação racial, que se manifesta tanto no campo da educação quanto no mercado de trabalho⁷⁵; (ii) a lei busca promover a igualdade material, ao assegurar a igualdade de oportunidades entre brancos e negros; e, por fim, (iii) objetiva-se a estabelecer um ambiente mais plural no serviço público federal, assegurando que o quadro administrativo do executivo federal reflita a realidade da população brasileira⁷⁶.

A Presidência da República manifestou-se e defendeu a constitucionalidade do referido diploma normativo, visto que a lei assegura a realização dos direitos fundamentais por meio da promoção da igualdade, em sua dimensão material, da dignidade da pessoa humana e da justiça social⁷⁷. Por essa razão, entende que a reserva de vagas é uma maneira de atenuar a baixa participação da população negra no serviço público federal brasileiro e que é possível aplicar o entendimento firmado na ADPF nº 186 como precedente.

A Câmara dos Deputados não se manifestou. O Senado Federal, por sua vez, defendeu a constitucionalidade formal e material da Lei nº 12.990/2014. Dentro dessa perspectiva, assentou que tal diploma normativo é fruto da maturação de implementação de políticas públicas e que sua vigência está de acordo com o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e a marginalização de determinados grupos, bem como de reduzir as desigualdades sociais e regionais no país. Do mesmo modo, a Advocacia-Geral da União e a PGR manifestaram-se pela procedência da ação argumentando que “a lei está em conformidade com os princípios constitucionais da isonomia e da proporcionalidade, bem como com o postulado do Estado democrático de direito”⁷⁸.

No dia 12 de junho de 2017, o STF, por unanimidade, declarou a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. O julgamento contou com a participação dos ministros Luís Roberto Barroso (relator), Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Celso de Mello, Cármen Lúcia. Não participaram da sessão de julgamento os ministros Rosa Weber e Luiz Fux, que apresentaram seus votos em momento anterior, e o ministro Gilmar Mendes, que não apresentou o seu voto.

3.2.2 Principais Argumentos Utilizados

3.2.2.1 Presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos

O ministro Luís Roberto Barroso observa que as leis e os atos normativos gozam de presunção de constitucionalidade por terem sido atos emanados do

75 Ibid., p. 8.

76 Ibid., p. 9.

77 Ibid., p. 10.

78 STF — ADC: 41. Relator Min. Luís Roberto Barroso. op. cit., p. 11.

poder legislativo. Pondera, nesse sentido, que esse princípio funciona como limitador da própria função do poder judiciário, que deve ser deferente ao que foi decidido pelo poder legiferante, principalmente nas hipóteses em que o ato: (i) apresenta elevado grau de legitimidade democrática, (ii) protege minorias estigmatizadas e (iii) coloca em evidência um importante direito fundamental. Por conta disso, defendeu que a Lei nº 12.990/2014 deve “ostentar uma presunção reforçada de constitucionalidade”⁷⁹.

3.2.2.2 O direito à igualdade em sua dimensão formal, material e como demanda de reconhecimento

Mais uma vez, todos os ministros da corte, como levantado na ADPF nº 186, trazem como fundamento para justificar a constitucionalidade da reserva de vagas em concursos públicos a necessidade de reconhecimento de desigualdades sociais entre brancos e negros que são visíveis na sociedade brasileira. Nessa toada, o ministro Luís Roberto Barroso observa que a igualdade se expressa na **dimensão formal**; que busca vedar tratamentos discriminatórios e a existência de privilégios; na **dimensão material**, que visa a garantir a redistribuição de riquezas na sociedade e o redirecionamento de bens sociais escassos; e na **dimensão de reconhecimento**, que visa a dar destaque e visibilidade aos direitos das minorias. Sobre a dimensão material da igualdade, o ministro chama a atenção para o fato de a Lei nº 12.990/2014 realizar uma verdadeira distribuição de bens e riquezas na sociedade brasileira, ao permitir que negros tenham acesso ao serviço público federal, o que garante aos mesmos maiores rendimentos e posições de maior prestígio e destaque na sociedade⁸⁰.

Sobre esse ponto, o ministro Alexandre de Moraes afirma que o princípio da igualdade formal pode ser mitigado quando há razões constitucionais legítimas que levam o poder público, por meio de leis ou de políticas públicas, a realizar tratamentos diferenciados entre determinados grupos. Nesse sentido, observa que a lei goza de autorização constitucional para realizar tratamentos diferenciados, porquanto visa a compensar o tratamento histórico de exclusão vivido pela comunidade negra (**ideia de reparação**), além de permitir uma maior participação dessa parcela da população no serviço público (**ideia de redistribuição**) e garantir que os negros atinjam maior posição de destaque (**ideia de reconhecimento**)⁸¹. Em relação à dimensão da igualdade como reconhecimento, o ministro Barroso observa que a promoção de ações afirmativas no serviço público promove três benefícios: (i) combater à discriminação e o racismo, considerando que os negros passarão a ocupar posições de maior

79 Ibid., p. 38.

80 STF — ADC: 41. Relator Min. Luís Roberto Barroso. op. cit., p. 47-50.

81 STF, ADC nº 41, Min. Alexandre de Moraes, op. cit., p. 77-78.

destaque e visibilidade na sociedade; (ii) possibilita a formação de lideranças dentro da Administração Pública, que poderão utilizar de suas posições para promover demandas dessa população; e (iii) garante maior diversidade e pluralismo dentro do quadro de servidores da administração pública federal⁸².

3.2.2.3 *Existência de racismo estrutural na sociedade brasileira*

Em seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso evidencia que, apesar de nunca ter existido leis de segregação racial no Brasil, como ocorreu nos EUA, por meio do sistema das leis de *Jim Crow*, e na África do Sul, por meio do sistema do *apartheid*, o racismo observado em território brasileiro é “velado, dissimulado, encoberto pelo mito da democracia racial”⁸³. Portanto, constata que o processo de abolição da escravidão não veio acompanhado de programas estatais que permitissem a integração do negro na sociedade, seja por meio da concessão de terra e emprego, ou por meio do acesso à educação⁸⁴. A prova concreta e comprovadora da falta de inclusão do negro no serviço público é verificada na Nota Técnica do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), documento este responsável pela mensuração do índice de participação dos negros nos cargos de alto escalão e com elevada remuneração na Administração Pública. Segundo os dados apresentados pelos ministros, na diplomacia, apenas 5,9% dos diplomatas são negros. Na Advocacia-Geral da União, somente 15%. E, na Defensoria Pública, apenas 19,5%⁸⁵. Mas não é só isso. Outros dados também evidenciam uma baixa participação da comunidade negra no acesso a bens sociais disponíveis. Segundo dados do IBGE de 2010, apesar de representarem 50,7% da população brasileira, a população negra e parda é a que mais sofre com a taxa de desemprego (superior a 50% em relação ao restante da sociedade), com o encarceramento (61,67% dos presos são negros) e com a falta de oportunidades no mercado formal⁸⁶.

De acordo com o ministro Celso de Mello, o próprio constituinte brasileiro estipulou formas de combater essa discriminação racial, seja por meio de mecanismos de repressão penal, considerando que o racismo constitui crime inafiançável e imprescritível (art. 5º, XLII, da CRFB/1988 c/c Lei nº 7.716/1989), ou por meio da adoção de programas estatais destinados a garantir maior igualdade de oportunidades no acesso a bens sociais escassos⁸⁷. Sendo assim, as ações afirmativas nos concursos públicos da Administração Pública Federal seriam constitucionais por conta da necessidade de se promover maior

82 STF — ADC: 41. Relator Min. Luís Roberto Barroso. op. cit., p. 51-53.

83 Ibid., p. 41.

84 Ibid., p. 42.

85 STF — ADC: 41. Relator Min. Luís Roberto Barroso. op. cit., p. 46.

86 Ibid., p. 42-46.

87 STF — ADC: 41. Min. Celso de Mello. op. cit., p. 140.

equalização entre os grupos sociais e de se combater o racismo na sociedade brasileira, uma vez que “a Constituição impõe ao Estado o dever de atribuir aos desprivilegiados [...] a condição essencial de titulares do direito de serem reconhecidos como pessoas investidas de dignidade e merecedoras do respeito social”⁸⁸.

3.2.2.4 Observância dos princípios do concurso público e da eficiência administrativa

Parte dos que advogam contra a destinação de reserva de vagas para a população negra nos concursos públicos defende a violação do art. 37, II, da CRFB/1988, que menciona que o ingresso no cargo público ou emprego público se dará mediante aprovação prévia em concurso público, bem como do art. 37, *caput*, da CRFB/1988, que traz a eficiência como um dos princípios basilares da Administração Pública direta e indireta. Sendo assim, alegam que a colocação dos candidatos, de acordo com a pontuação obtida no certame, promove o princípio da eficiência, na medida em que serão selecionados os candidatos mais bem preparados para o exercício das funções públicas. Esses argumentos, contudo, são afastados pelo relator do caso.

De acordo com o ministro Luís Roberto Barroso, a Administração Pública possui a prerrogativa de adotar outros critérios na seleção de seus funcionários, que vão além do componente “provas” ou “provas e títulos”. Tendo em vista a necessidade de promover a igualdade material, a previsão de ações afirmativas no edital estaria justificada⁸⁹. Além disso, as cotas raciais não afastam o candidato da obrigação de realizar a prova e de atingir a pontuação mínima exigida pelo edital, de forma que se deve presumir que os aprovados “possuem as competências e habilidades necessárias para desempenhar, de forma adequada e eficiente, as funções relativas ao cargo em questão”⁹⁰.

Em relação ao princípio da eficiência, o ministro observa que ele é promovido sob o prisma da representatividade. Isso porque, ao tornar o ambiente da administração mais plural e heterogêneo, as instituições do estado passam a atuar em prol dos interesses de todos os segmentos da população⁹¹. Dessa forma, e no mesmo sentido do voto do relator, a ministra Rosa Weber verifica que não há violação ao princípio da eficiência e da necessidade de realização de concurso público, porque a Lei nº 12.990/2014 não dispensa os candidatos da realização das provas exigidas pelo edital⁹².

88 Ibid., p. 132.

89 STF — ADC: 41. Relator Min. Luís Roberto Barroso. op. cit., p. 53-55.

90 Ibid., p. 56.

91 Ibid., p. 58.

92 STF — ADC: 41. Min. Rosa Weber. op. cit., p. 115.

3.2.2.5 *Observância do princípio da proporcionalidade*

Em seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso observa ser a Lei nº 12.990/2014 **adequada, necessária e proporcional em sentido estrito**. Isso porque, em primeiro lugar, ao promover valores constitucionais, tais como: a tentativa de superação do racismo estrutural e institucional enraizado na sociedade brasileira, a distribuição de bens sociais escassos e a busca pelo reconhecimento da comunidade afro-brasileira, a lei estaria promovendo a igualdade em sua dimensão material, mostrando-se, então, adequada para tais propósitos⁹³. O ministro pondera ainda que não há outra medida alternativa menos gravosa capaz de promover os mesmos objetivos traçados pelo referido diploma normativo.

Sobre esse ponto, afasta o argumento de que as cotas no serviço público dariam um duplo benefício aos candidatos, considerando que já existem cotas para ingresso no ensino superior, uma vez que: (i) nem todos os empregos e cargos públicos exigem nível superior, (ii) os candidatos aos cargos e empregos públicos não foram necessariamente beneficiários das cotas no nível superior, e, ainda que o fossem, (iii) alguns candidatos apresentam dificuldades de cunho financeiro que os impedem de adquirir livros e cursos preparatórios que servirão de base na condução de suas preparações⁹⁴. Assim, as ações afirmativas de recorte racial seriam uma alternativa para suprir deficiências verificadas no ponto de partida.

Por fim, defende que a Lei nº 12.990/2014 é proporcional em sentido estrito, pois ela promove mais benefícios do que malefícios ao destinar 20% das vagas dos certames para os candidatos considerados negros. Além de promover a igualdade material, conforme já mencionado em diversas partes desta monografia, a maior parte das vagas ainda permanece com a ampla concorrência e as cotas somente serão aplicadas quando o número de vagas a ser preenchido for igual ou superior a três (art. 1º, § I, Lei nº 12.990/2014)⁹⁵. Ademais, ressalta que a política instituída possui caráter transitório, pois sua vigência está condicionada ao prazo de 10 anos e ao monitoramento anual dos resultados⁹⁶. Na mesma linha de raciocínio, segue o ministro Edson Fachin, ao mencionar que a proporcionalidade é comprovada pelo fato de a ação afirmativa ser temporária e “condicionada à persistência do quadro de exclusão que lhe deu origem”⁹⁷.

3.2.2.6 *Constitucionalidade dos critérios de heteroidentificação*

A Lei nº 12.990/2014 prevê que poderão concorrer às vagas reservadas os candidatos autodeclarados pretos ou pardos no ato da inscrição do concurso público,

93 STF — ADC: 41. Relator Min. Luís Roberto Barroso. op. cit., p. 59-61.

94 STF — ADC: 41. Relator Min. Luís Roberto Barroso, op. cit., p. 59-61.

95 Ibid.

96 Ibid.

97 STF — ADC: 41. Min. Edson Fachin, op. cit., p. 93.

de acordo com os requisitos de cor definidos pelo IBGE. Apesar de a lei ter optado pelo critério da autodeclaração, em caso de declaração falsa, o candidato poderá ser eliminado do certame, sem prejuízo de outras sanções cabíveis (art.2º, p.ú). Por conta dessa previsão legal, os ministros defenderam que seria possível aplicar os critérios de heteroidentificação (identificação por terceiros) durante a execução do concurso público para evitar fraudes na utilização das cotas raciais. Nesse sentido, o ministro Luís Roberto Barroso assenta que é plenamente constitucional, desde que respeite o princípio da dignidade do candidato, “a exigência presencial, perante a comissão do concurso; a exigência de fotos; e a formação de comissões, com composição plural, para entrevista dos candidatos posterior à autodeclaração”.⁹⁸ O ministro chama a atenção para a elevada miscigenação da população brasileira, o que poderia levantar dúvidas sobre o enquadramento do candidato no grupo de pretos ou pardos. Para essas situações, chamadas por ele de “zonas cinzentas”, o critério da autodeclaração deverá prevalecer⁹⁹. Tal mecanismo dá maior legitimidade para o trabalho das comissões, que devem adotar critérios minimamente objetivos, e permite a prevalência da declaração do candidato.

Sobre esse ponto, o ministro Alexandre de Moraes defende que, em primeiro lugar, o candidato deve encaminhar documentos comprobatórios evidenciando a condição de negro ou pardo, de acordo com os critérios definidos pelo IBGE. Assim, somente quando a apresentação desses documentos se mostrar insuficiente, para a apuração da condição de cotista, é que poderão ser adotadas outras alternativas, como a convocação para uma entrevista presencial ou outra alternativa considerada mais invasiva¹⁰⁰.

No mesmo sentido, a ministra Rosa Weber argumenta ser plenamente possível a utilização de critérios de heteroidentificação, uma vez que, no Brasil, o preconceito recai sobre os traços fenotípicos das pessoas, e não genotípicos¹⁰¹. Assim, as comissões teriam a função de verificar se o candidato realmente pode ser considerado preto ou pardo utilizando-se, como já mencionado, de critérios objetivos, com a finalidade de se evitar abusos e arbitrariedades por parte da própria comissão.

3.2.2.7 Status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil que estabelecem ações afirmativas para a proteção de grupos minoritários

Em seu voto, o ministro Celso de Mello traz a doutrina de **Antônio Augusto Cançado Trindade** para defender a constitucionalidade dos tratados de direitos

98 STF — ADC: 41. Relator Min. Luís Roberto Barroso, op. cit., p. 62-64.

99 STF — ADC: 41. Relator Min. Luís Roberto Barroso, op. cit., p. 62-64.

100 STF — ADC: 41. Min. Alexandre de Moraes, op. cit., p. 86.

101 STF — ADC: 41. Min. Rosa Weber, op. cit., p. 115.

humanos incorporados no ordenamento jurídico interno. Menciona, no mais, a incorporação pelo Brasil de diversos instrumentos internacionais que vedam o tratamento discriminatório de natureza étnico-racial. Nesse sentido, traz a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966), a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (1948) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966) como fundamentos para justificar a aplicação de ações afirmativas nos concursos públicos¹⁰².

De fato, no plano internacional, o Brasil comprometeu-se a combater a discriminação racial, ao ratificar esses tratados internacionais. Nesse sentido, a **Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial**, de 1963, ratificada por meio do decreto nº 65.810/1969, prevê que não são consideradas discriminações raciais as medidas especiais tomadas com o objetivo de promover certos grupos raciais ou étnicos, a fim de proporcionar aos mesmos o pleno gozo ou exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais¹⁰³. Do mesmo modo, a **Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher**, de 1979, ratificada por meio do decreto nº 4.377/2002, estabelece a possibilidade de adoção de ações afirmativas com o objetivo de acelerar o processo de igualdade entre homens e mulheres¹⁰⁴.

Note-se, portanto, que as principais convenções de combate às discriminações de natureza racial e de gênero ratificadas pelo Brasil preveem ações afirmativas como forma de acelerar o processo de igualdade entre majorias e grupos minoritários. Assim, a existência de tratamento diferenciado para certos grupos selecionados não macula o princípio da igualdade, pois esta é promovida em sua dimensão material ao se estabelecer políticas com foco no combate à discriminação racial.

102 STF — ADC: 41. Min. Celso de Mello, op. cit., p. 144.

103 BRASIL. Decreto nº 65.810/69. Art. 1º, § 4º, Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial: “Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos”. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvIntElimTodForDiscRac.html>. Acesso em: 29 out. 2018.

104 BRASIL. Decreto nº 4.377/02. Art. 4º, § 1º, Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher: “A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 29 out. 2018.

Segundo Flávia Piovesan, o combate à discriminação se dá por meio da utilização de duas estratégias: (i) a estratégia repressiva-punitiva, cujo objetivo é punir, proibir e eliminar a discriminação e (ii) a estratégia promocional, cujo objetivo é promover, fomentar e avançar a igualdade¹⁰⁵. A estratégia repressiva-punitiva é prevista na própria CRFB, que eleva o racismo à condição de crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5º, XLII, CRFB/1988). Nas palavras da mesma autora, não basta assegurar medidas repressivas que combatam a discriminação, uma vez que o poder público deve estimular a criação de políticas compensatórias, a fim de incluir grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais¹⁰⁶. É nesse sentido que se encontra a estratégia promocional, que busca assegurar a tolerância e o respeito à diferença e à diversidade¹⁰⁷.

Dessa maneira, a criação desse tipo de política coaduna-se com os valores esculpidos em um Estado democrático de direito, o qual passou a tratar da matéria com mais rigor e visibilidade a partir da segunda metade do século XX. Nesse sentido, pondera a ministra Cármen Lúcia:

[...] em nenhum Estado Democrático, até a década de 60, e em quase nenhum até esta última década do século XX, se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política¹⁰⁸.

O ministro Celso de Mello observa que os juízes, no exercício de suas funções, devem aplicar aquelas normas mais favoráveis à promoção de direitos

105 PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 890, dez. 2008.

106 *Ibid.*, p. 890.

107 *Ibid.*, p. 888.

108 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, p. 284, jul./set. 1996.

fundamentais, conforme dispõe o art. 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁰⁹. Dessa forma, as ações afirmativas consagradas em instrumentos internacionais ou no próprio direito interno devem ser aplicadas pelos gestores na implementação de políticas públicas¹¹⁰.

Sobre esse ponto, é interessante fazer uma ponderação. Apesar de o ministro Celso de Mello ser alinhado à tese de que todos os tratados de direitos humanos possuem natureza constitucional, essa posição não é seguida pela maioria dos ministros da corte. No julgamento do **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP**, de relatoria do ministro Cezar Peluso, foi firmado o entendimento segundo o qual os tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil, anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004¹¹¹, somente teriam natureza de emenda constitucional caso fossem aprovados conforme o rito do art. 5º, III, da CRFB/1988¹¹². Os demais tratados gozam de natureza supralegal, ou seja, estão acima de leis ordinárias e complementares, mas encontram-se abaixo da CRFB.

Note-se, portanto, que esse argumento trazido pelo ministro foi fundamental apenas para a chegada de sua conclusão sobre a constitucionalidade das ações afirmativas, fazendo parte de sua *ratio decidendi* individual. Tal argumento, contudo, não é compartilhado pelos outros ministros, conforme será visto a seguir.

3.3 Tabela de identificação da *ratio decidendi* na ADPF nº 186 e na ADC nº 41

Nos casos em que cada ministro elabora um voto em separado, é frequente que os votos vencedores coincidam apenas quanto à conclusão, distinguindo-se com relação aos fundamentos. Tendo cada ministro redigido o seu próprio voto, é difícil identificar onde se encontra a *ratio decidendi*, ou seja, o fundamento que teria levado o tribunal, como um órgão colegiado, a adotar certa decisão. *É necessário examinar cada um dos votos e comparar as*

109 STF — ADC: 41. Min. Celso de Mello, op. cit., p. 152.

110 Ibid.

111 STF — RE: 466.343/SP, Relator Min. Cezar Peluso. Data de Julgamento: 03/12/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 21 nov. 2018.

112 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 5º, § 3º, da CRFB/1988: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 nov. 2018.

*respectivas fundamentações para verificar se existe algo comum entre elas*¹¹³. (Grifo do autor)

Após a exposição dos principais argumentos levantados na ADPF nº 186 e na ADC nº 41, que justificaram a instituição de políticas afirmativas para ingresso no ensino superior e no serviço público, serão apresentadas duas tabelas, com o objetivo de fazer a identificação da *ratio decidendi* nos dois casos. Busca-se, assim, verificar qual foi a decisão fundamental adotada pelo tribunal enquanto órgão colegiado. Não se quer aqui fazer uma constatação da *ratio decidendi* individual de cada ministro, uma vez que o objetivo é identificar os pontos cruciais das duas decisões, que podem funcionar como precedentes da corte. Busca-se, assim, responder ao seguinte questionamento: **quais são os argumentos comuns de todos ou da maioria dos ministros, nesses dois casos, que podem funcionar como precedentes em uma eventual análise de constitucionalidade da instituição de ações afirmativas na iniciativa privada?**

Para alcançar essa meta, serão analisadas duas tabelas. Nas colunas horizontais, serão colocados todos os argumentos extraídos das duas decisões. Já nas colunas verticais, serão apontadas as posições dos ministros sobre cada um dos argumentos apresentados. Dessa forma, para cada argumento selecionado, os ministros podem concordar (C), discordar (D) ou podem não o mencionar em seu voto (nesses casos, será utilizada a abreviação N/A, que traduzido do inglês para o português significa “não disponível”). Aquilo que for comum a todos, ou a maioria, será considerado como parte integrante da *ratio decidendi* do tribunal.

¹¹³ DA COSTA, Thales Morais. Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a Lei de Imprensa na ADPF 130. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 121, jan./jun. 2014.

3.3.1 *Análise da Tabela 1*

Em primeiro lugar, pode-se concluir pela impossibilidade de identificação de uma única *ratio decidendi*. Isso porque, além de apresentarem seus votos em separado, para cada voto dos ministros, há uma razão de decidir diferente, conforme se pode extrair da leitura da Tabela 1. A título de exemplo, a ministra Cármen Lúcia foi a única que trouxe o “princípio da liberdade de ser diferente” como fundamento para a justificativa da constitucionalidade de ações afirmativas para ingresso no ensino superior. Do mesmo modo, o princípio da autonomia universitária não foi apresentado pelos ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ayres Britto. Mas isso, **por si só**, obsta a possibilidade de identificação de um fundamento coletivo da decisão? A resposta é negativa, considerando que, mesmo na hipótese de existirem argumentos não seguidos na íntegra por todos os ministros, existem fundamentações compartilhadas pela maioria.

Nesse sentido, para a definição da *ratio decidendi* do tribunal, podemos agrupar os argumentos em dois tipos: (i) **argumentos compartilhados por todos os ministros, ratio unânime** e (ii) **argumentos compartilhados pela maioria dos ministros, ratio majoritária**. E utilizando o modelo agregativista, por meio do qual é possível identificar o argumento comum que conduziu a todos a votar no mesmo sentido¹¹⁴, podemos facilmente identificar a tese jurídica que foi compartilhada pelos ministros no julgamento da ADPF nº 186.

Portanto, o único argumento compartilhado por todos os ministros é que a utilização das ações afirmativas para ingresso no ensino superior é uma forma de promover a igualdade material, na medida em que tais políticas combatem a discriminação racial e as desigualdades socioeconômicas existentes entre brancos e negros. Por sua vez, os argumentos seguidos pela maioria são os seguintes: possibilidade de inclusão do critério étnico-racial para ingresso no ensino superior; promoção da diversidade no ambiente acadêmico; constitucionalidade da previsão de critérios de heteroidentificação para combater eventuais falsas declarações; a medida se mostra proporcional; há preservação do critério do mérito para ingresso no ensino superior, já que os candidatos precisam atingir uma pontuação mínima que é exigida pelo edital e; por fim, as cotas raciais são temporárias, pois sua vigência está condicionada ao período de 10 anos.

Portanto, a *ratio decidendi* do tribunal será composta pelos argumentos compartilhados por todos e pelos argumentos compartilhados pela maioria dos ministros da corte no julgamento da ADPF nº 186, conforme demonstrado no parágrafo antecedente.

¹¹⁴ ALMEIDA, op.cit., p. 288-289.

3.3.1.1 *O voto do ministro Gilmar Mendes*

Na linha argumentativa presente nos julgados, o que mais destoou da linha de raciocínio do relator e dos demais julgadores foi o ministro Gilmar Mendes. Para ele, a adoção de políticas de ações afirmativas deveria ser acompanhada de outro critério, no caso, a renda do potencial candidato¹¹⁵. Isso porque o sistema de cotas da UnB foi desenhado para incluir negros e pardos apenas levando em conta critérios fenotípicos, de forma que alguém desse grupo e de classe média alta poderia se beneficiar de políticas públicas que visam a corrigir desigualdades sociais e econômicas. O ministro coloca em xeque a adequação da medida ao ponderar que “será adequado, aqui, tratar de forma desigual pessoas que podem se encontrar em situações iguais, apenas em razão de suas características fenotípicas?”¹¹⁶. Por conta disso, no seu entender, o critério socioeconômico também deveria ser levado em conta, assim como observado na Lei nº 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos (PROUNI).

Do mesmo modo, mostrou-se ser contrário às atividades das comissões de verificação da declaração dos candidatos, uma vez que seria difícil adotar critérios objetivos para verificar quem seria beneficiário ou não da política em comento. Tal dificuldade se daria em razão da sociedade brasileira ser altamente miscigenada, o que acabaria dificultando o processo de análise pelas comissões. Ressaltou também que o procedimento adotado pela UnB gerou constrangimento e dilema de identidade entre os candidatos¹¹⁷. Dessa maneira, defendeu um modelo de autodeclaração acoplado ao critério “renda”.

Não obstante as ressalvas feitas pelo ministro, ele votou a favor da política de ação afirmativa, defendendo ser o modelo da UnB experimentalista e caso não fosse se ajustando ao longo dos anos, para incluir o critério renda, tal política seria passível de ser considerada inconstitucional¹¹⁸.

115 STF, ADPF: 186, Min. Gilmar Mendes, op. cit., p. 203.

116 Ibid., p. 198.

117 Ibid., p. 188.

118 Ibid., p. 208.

Tabela 2 — Identificação da *ratio decidendi* na ADC nº 41

Argumentos — ADC nº 41							
Ministros	Ratio Unânime		Ratio Majoritária			Obiter Dictum	
	Respeito ao princípio da proporcionalidade + temporariedade da medida	C	C	C	Presunção de constitucionalidade das leis	Busca da felicidade	N/A
	Respeito ao princípio do concurso público e da eficiência administrativa	C	C	C	Percentuais de reserva de vagas para todas as fases do concurso	Status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos	N/A
	Existência de racismo estrutural	C	C	C	Aplicação da nota e classificação do candidato deve produzir efeito durante toda a carreira do candidato	Aplicação da regra em todas as unidades federadas	N/A
	Igualdade material: em seu aspecto de redistribuição e/ou de reconhecimento	C	C	C	Aplicação das cotas a todos os concursos federais pelos três poderes, bem como pelo MPF e pela Defensoria da União	Tem como fundamento o preâmbulo da Constituição	N/A
		C	C	C	Heteroidentificação		C
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			N/A
		C	C	C			

3.3.2 Análise da Tabela 2

Mais uma vez, em primeiro lugar, pode-se concluir pela impossibilidade de identificação de uma única *ratio decidendi*. Isso porque, além de apresentarem seus votos em separado, para cada voto dos ministros, há uma razão de decidir diferente, conforme se pode extrair da leitura da Tabela 2.

Nesse sentido, para a definição da *ratio decidendi*, podemos agrupar os argumentos, novamente, em dois tipos: (i) **argumentos compartilhados por todos os ministros, ratio unânime** e (ii) **argumentos compartilhados pela maioria dos ministros, ratio majoritária**. Adotando-se o critério agregativista de identificação da *ratio decidendi*, será possível identificar a tese jurídica comum à maioria dos ministros no julgamento da ADC nº 41.

Os argumentos compartilhados por todos eles são os seguintes: necessidade de promoção da igualdade material; existência de racismo estrutural na sociedade brasileira; respeito ao princípio da eficiência, do concurso público e da proporcionalidade e possibilidade de aplicação dos critérios de heteroidentificação nos certames. Já em relação aos argumentos que são compartilhados pela maioria dos ministros, temos os seguintes: as cotas raciais podem ser aplicadas a todos os concursos federais no âmbito dos três poderes, bem como pelo Ministério Público Federal e pela Defensoria Pública da União; o percentual de reserva de vagas deve valer para todas as fases do concurso; a aplicação da nota e classificação do candidato deve produzir efeito durante toda a carreira do candidato¹¹⁹ e as leis gozam de presunção de constitucionalidade.

Dessa forma, tendo como base o que foi compartilhado por todos e o que foi seguido pela maioria, podemos chegar à conclusão de que a ementa da decisão da ADC nº 41 reflete a decisão do tribunal¹²⁰.

119 Sobre essa questão, não concordaram com o argumento os Ministros Alexandre de Moraes e Dias Toffoli.

120 Ementa: **Direito Constitucional. Ação Direta de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Procedência do pedido.**

1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos.

1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente. 1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão. Além disso, a incorporação do fator "raça" como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma "burocracia representativa", capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda

Assim, a *ratio decidendi* do tribunal será composta pelos argumentos compartilhados por todos e pelos argumentos compartilhados pela maioria dos ministros da corte no julgamento da ADC nº 41, conforme demonstrado no parágrafo antecedente.

3.4 Pontos em comum entre a ADPF nº 186 e a ADC nº 41

Conforme foi analisado nas tabelas anteriores, para cada decisão, há uma *ratio decidendi* que foi compartilhada por todos os ministros. Não obstante tal constatação, é interessante notar que alguns argumentos são fundamentais, em ambos os casos, ora em análise, para a chegada de conclusão da corte no caso e para a declaração da constitucionalidade de ações afirmativas. Portanto, devemos responder ao seguinte questionamento: **quais são os fundamentos comuns nos dois casos que seriam aplicados em uma eventual análise de constitucionalidade de políticas de ações afirmativas na iniciativa privada, ou seja, quais são os argumentos que, caso estivessem ausentes, acabariam por tornar a Resolução nº 38/2003 e a Lei nº 12.990/2014 inconstitucionais?**

Na discussão sobre a implementação de políticas públicas em benefício da comunidade negra, os ministros do STF, tanto na ADPF nº 186 quanto na ADC

a população sejam considerados na tomada de decisões estatais. 1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela Lei nº 12.990/2014.

2. Ademais, a fim de garantir a efetividade da política em questão, também é constitucional a instituição de mecanismos para evitar fraudes pelos candidatos. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação (e.g., a exigência de autodeclaração presencial perante a comissão do concurso), desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.

3. Por fim, a administração pública deve atentar para os seguintes parâmetros: (i) os percentuais de reserva de vaga devem valer para todas as fases dos concursos; (ii) a reserva deve ser aplicada em todas as vagas oferecidas no concurso público (não apenas no edital de abertura); (iii) os concursos não podem fracionar as vagas de acordo com a especialização exigida para burlar a política de ação afirmativa, que só se aplica em concursos com mais de duas vagas; e (iv) a ordem classificatória obtida a partir da aplicação dos critérios de alternância e proporcionalidade na nomeação dos candidatos aprovados deve produzir efeitos durante toda a carreira funcional do beneficiário da reserva de vagas.

4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”. (STF — ADC: 41. Relator Min. Luís Roberto Barroso, op. cit.).

nº 41, parecem ter chegado a um ponto em comum sobre as justificativas que levaram os mesmos a declarar a constitucionalidade da utilização de critérios étnico-raciais pelas instituições responsáveis pela seleção de universitários e de funcionários públicos. Em primeiro lugar, eles constataram que as cotas raciais visam a corrigir desigualdades socioeconômicas que ainda separam negros e brancos no que tange ao acesso a bens sociais escassos (emprego, educação, saúde, moradia etc.). Do mesmo modo, as ações afirmativas visam a mitigar o efeito do racismo institucional presente na sociedade brasileira, que impede o acesso de negros às posições que oferecem maior destaque e prestígio social.

Em segundo lugar, observam que tais programas são proporcionais, atendendo aos critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, conforme já discutido nos itens 3.1.2.7 e 3.2.2.5 desta monografia. Em terceiro lugar, chamam a atenção para a necessidade dessas políticas públicas serem temporárias, devendo as mesmas serem encerradas quando for constatada uma redução considerável da desigualdade racial nos locais em que serão implementadas. Por fim, declaram a constitucionalidade dos critérios de heteroidentificação, os quais deverão obrigatoriamente ser acompanhados da autodeclaração. Assim, é plenamente possível, desde que se respeite a dignidade dos candidatos, a criação de comitês de verificação da condição de cotista, a submissão de fotos dos candidatos, o preenchimento de formulários, dentre outras medidas, como forma de combater eventuais fraudes.

Dessa forma, alguns argumentos são *conditio sine qua non* para a chegada de conclusão do tribunal, enquanto outros nem tanto. Na ADPF nº 186 e na ADC nº 41, alguns argumentos podem ser considerados *obiter dictum*, pois não são fundamentais para o resultado do julgamento, tais como: (a) a política de cotas tem como fundamento o preâmbulo da Constituição; (b) saber se a Lei nº 12.990/2014 seria aplicada em todas as unidades federadas; (c) status constitucional dos tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil; (d) busca da felicidade; (e) liberdade de ser diferente, dentre outros.

Trazendo a mesma discussão para a iniciativa privada, percebemos que os problemas a serem enfrentados pelos ministros não serão os mesmos. Isso porque, em uma eventual análise de constitucionalidade dos PL que venham a disciplinar a matéria, o STF vai lidar com outros questionamentos diferentes daqueles que foram discutidos na ADPF nº 186 e na ADC nº 41, tais como: (i) saber se a instituição de políticas afirmativas na iniciativa privada violaria ou não o art. 170 da CRFB/1988, que preceitua que a ordem econômica está fundada na livre iniciativa; (ii) se a obrigatoriedade de instituição de cotas raciais pelas empresas é a medida mais necessária para promover os valores constitucionais vigentes, como o combate à discriminação e a necessidade de inclusão da população negra no mercado de trabalho e; por fim, (iii) se a

igualdade material seria promovida ou não com a instituição de cotas raciais na iniciativa privada.

Ainda que o problema jurídico varie de uma demanda para outra, defende-se neste trabalho que há pontos em comum na discussão sobre as ações afirmativas que podem funcionar como precedentes horizontais¹²¹ em uma eventual análise de constitucionalidade de leis que venham a disciplinar as cotas raciais na iniciativa privada¹²². Isso porque, tanto na ADPF nº 186 quanto na ADC nº 41, os ministros estabeleceram quatro importantes condicionantes por meio dos quais julgaram a constitucionalidade das cotas raciais nas universidades e no serviço público. Nesse sentido, as medidas compensatórias somente seriam constitucionais caso: (i) **cumprissem com o objetivo de reduzir desigualdades sociais e raciais na sociedade brasileira**, (ii) **fossem temporárias** e (iii) **proporcionais** e, por fim, (iv) **estabelecessem o critério de autodeclaração, mas necessariamente acompanhado de alguma possibilidade de heteroidentificação**.

4 É necessário discutir ações afirmativas na iniciativa privada?

Este capítulo propõe-se a analisar brevemente o racismo no Brasil sob uma ótica histórica e antropológica. Com base no levantamento bibliográfico, será possível constatar que, desde a abolição da escravidão, há dificuldade da comunidade negra de ser inserida na sociedade em razão da existência de entraves institucionais. Por conta da existência dessas desigualdades, diversos mecanismos de inclusão dos negros foram estabelecidos no Brasil como forma de reparação, isto é, com as ações afirmativas objetivou-se dar oportunidades a grupos de indivíduos que historicamente são excluídos do processo de desenvolvimento humano. Por fim, serão apresentados alguns PL em tramitação nas duas casas do Congresso Nacional, que visam a instituir a política de cotas raciais na iniciativa privada. E com base no que foi definido como *ratio decidendi* na ADPF nº 186 e na ADC nº 41, no item 3, será possível saber se esses PL estão em consonância com o entendimento do STF sobre a matéria.

4.1 O mito da igualdade racial no Brasil e a dificuldade histórica de inserção da comunidade negra no mercado de trabalho

Um dos grandes intérpretes sobre a questão racial no Brasil é Gilberto Freyre. Em seu livro **Casa-Grande e Senzala**, publicado em 1933, o autor aborda as relações raciais nos latifúndios escravistas e de que forma o processo de misce-

121 O conceito de precedente horizontal foi definido no capítulo 1, item 1.1, desta monografia.

122 O que se defende neste trabalho é que os argumentos comuns observados na ADPF nº 186 e ADC nº 41 podem funcionar como precedentes horizontais, pois integram a *ratio decidendi* do tribunal. Dessa forma, caso os ministros estivessem diante de uma discussão sobre a constitucionalidade da política de cotas raciais na iniciativa privada, há razões para crer que tais fundamentos presentes nessas duas ações funcionariam como precedentes vinculantes.

genação foi importante para a construção da identidade brasileira no período colonial. Apesar de o autor não ter usado o termo “democracia racial” em seu livro, a literatura atribui a ele uma tentativa de suavizar a violência e o racismo que existia na sociedade colonial. É inegável a importância de Freire para a interpretação da questão racial no Brasil, principalmente por ter rompido com a ideia do determinismo das raças do século XIX¹²³, que via no processo de miscigenação um perigo iminente para o desenvolvimento econômico e social. A suavização da questão racial e dos conflitos e diferenças, no entanto, criou um aparente cenário de igualdade entre negros e brancos, o que, na verdade, não se coadunava com a realidade da época¹²⁴.

Longe de problematizar algumas questões, como a dificuldade de inserção dos negros na sociedade de classes da época e da existência de discriminação desde o início do processo de colonização, o autor se limitou a analisar o processo de miscigenação como um fator positivo para a construção da identidade nacional, não tecendo críticas sobre a violência sofrida pelos negros que eram mantidos confinados nas senzalas.

Conforme ponderam Joaze Bernardino e Florestan Fernandes, respectivamente, é necessário avaliar de forma crítica a questão da “democracia racial no país”:

[...] o mito da democracia racial não nasceu em 1933, com a publicação de *Casa-grande & senzala*, mas ganhou através dessa obra, sistematização e status científico [...]. Tal mito tem o seu

123 Já no século XIX, as diferenças e desigualdades entre os grupos sociais eram justificadas pela incorporação de teorias de pensamentos até então desconhecidas pelo imaginário brasileiro, tais como o positivismo, o evolucionismo e o darwinismo. De acordo com Lilia Schwarcz, tendo por base as teorias raciais da época, o desenvolvimento de uma nação estava condicionado diretamente ao fator geográfico (determinismo geográfico) e racial (darwinismo social). Nas palavras da autora, “denominada ‘darwinismo social’ ou ‘teoria das raças’, essa nova perspectiva via de forma pessimista a miscigenação, já que acreditava que não se transmitiriam caracteres adquiridos, nem mesmo por meio de um processo de evolução social. Ou seja, as raças constituiriam fenômenos finais, resultados imutáveis, sendo todo cruzamento, por princípio, entendido como erro. As decorrências lógicas desse tipo de postulado eram duas: enaltecer a existência de ‘tipos puros’ — e, portanto, não sujeitos a processos de miscigenação, e compreender a mestiçagem como sinônimo de degeneração não só racial como social”. SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil — 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 58.

124 Para o historiador Antônio Paulo Resende, quando o autor suaviza a questão racial no Brasil, ele dá uma cor de nostalgia ao passado, romantizando a questão da discriminação e da violência contra a população negra no período colonial. Disponível em: <http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2013/12/relacoes-raciais-em-casa-grande-e-senzala-ainda-geram-polemica.html>. Acesso em: 26 out. 2018.

nascimento quando estabelece uma ordem, pelo menos do ponto de vista do direito, livre e minimamente igualitária¹²⁵.

Não existe democracia racial efetiva, onde o intercâmbio entre indivíduos pertencentes a “raças” distintas começa e termina no plano da tolerância convencionalizada. Esta pode satisfazer às exigências do bom-tom, de um discutível “espírito cristão” e da necessidade prática de “manter cada um no seu lugar”. Contudo, ela não aproxima realmente os homens senão na base da mera coexistência no mesmo espaço social e, onde isso chega a acontecer, da convivência restritiva, regulada por um código que consagra a desigualdade, disfarçando-a e justificando-a acima dos princípios de integração da ordem social democrática¹²⁶.

A questão racial no Brasil não é novidade. O país carrega uma marca histórica por ter sido a última nação das Américas a ter abolido a escravidão. Por mais de três séculos, convivemos com um regime de mão de obra escrava, através do qual o negro era considerado propriedade, podendo, inclusive, ser penhorado, leiloado, alugado e hipotecado. Entre a segunda metade do século XVI e o ano de 1850, marcado pelo fim do tráfico negreiro, estima-se que houve a importação de mais de 3,6 milhões de escravos para a região das Américas¹²⁷. Essa influência direta do tráfico negreiro foi fundamental para a composição étnica do Brasil imperial, que contava com uma parcela significativa de negros nas principais cidades do império¹²⁸.

De acordo com Lília Schawrcz, a abolição da escravidão no Brasil seguiu um modelo conservador¹²⁹. O abolicionismo nunca foi compreendido como uma questão revolucionária, uma vez que as constantes fugas dos cativos e a formação de quilombos já evidenciavam o frágil sistema escravocrata que subsistia. Aliado a esta questão, os projetos abolicionistas¹³⁰ não previam nenhuma

125 BERNARDINO, Joaze. Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil. *Estud. afro-asiát.*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, 2002.

126 FERNANDES, Florestan. Prefácio. In: CARDOSO, F. H.; IANNI, Octávio. *Cor e mobilidade social em Florianópolis*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

127 SCHWARCZ, Lília Moritz. *Racismo no Brasil*. São Paulo, Publifolha, 2001. p. 38.

128 Para se ter uma ideia, “a capital da monarquia brasileira, em 1838, possuía cerca de 37 mil escravos, numa população total de 97 mil habitantes; em 1849, numa população total de 206 mil pessoas, 79 mil eram cativas. Além disso, em média, 75% dos escravos eram africanos, dado que sinaliza a importância da população de cor na cidade do Rio de Janeiro”. SCHWARCZ, 2001, p. 41.

129 *Ibid.*, p. 43.

130 Entre o período imperial e antes da instituição do regime republicano no Brasil, tivemos algumas leis com o objetivo de libertar os negros que até então se encontravam em condição de submissão. Contudo, o processo de libertação dos negros se deu de forma gradual. Em 28 de setembro de 1871, foi promulgada a *Lei do Ventre Livre*, também conhecida como “Lei Rio Branco”, que considerava livres todos os filhos de escravas nascidos a partir

forma de incorporação da mão de obra negra e de nenhum mecanismo de reparação por conta dos danos sofridos durante o período da escravidão. Muito pelo contrário, pelo fato de serem considerados o “mal da nação”, houve a criação de políticas públicas voltadas para o incentivo da imigração europeia e, dentro dessa perspectiva, acreditava-se que, com o tempo, o processo de abolição levaria a uma nação cada vez mais branca¹³¹. De acordo com Andrews Hasenbalg:

[...] o ideal de branqueamento tornou-se parte do projeto das elites dominantes para transcender o subdesenvolvimento. O ideal [...], já presente no pensamento abolicionista, não só era uma racionalização *ex post* do avanço do estágio da mestiçagem racial da população do país, como também refletia o pessimismo racial do fim do século XIX¹³².

De acordo com Florestan Fernandes, que analisara a integração do negro no século XX, o processo de industrialização na cidade de São Paulo contou com a participação mais evidente dos trabalhadores estrangeiros, ou de seus filhos que nasciam em território nacional, do que dos nacionais¹³³. Tal predileção se dava sob a justificativa de que os estrangeiros possuíam conhecimentos técnicos e experiência pretérita para o desempenho das funções. Assim, para aquelas funções que demandavam um certo grau de aprendizagem, os negros viam poucas perspectivas de inserção. Nas palavras do autor:

As posições “altas” ou “intermediárias” estavam fora de cogitação, pois a elas só podiam concorrer os elementos das camadas dominantes e os estrangeiros ou descendentes de estrangeiros em ascensão [...] As posições mais cobiçadas se mantinham “fecha-

daquela data. Em 25 de março de 1884, uma lei provincial extinguiu a escravidão no Ceará de forma integral em virtude dos movimentos abolicionistas locais. Em 28 de setembro de 1885, foi promulgada a Lei nº 3.270, conhecida como **Lei Saraiva-Cotegipe ou dos Sexagenários**, que garantiu a libertação dos escravos com sessenta anos ou mais, cabendo aos proprietários de escravos prévia indenização. Na prática, essa lei não surtiu muito efeito, uma vez que, devido às condições de trabalho nas fazendas rurais, a expectativa de vida dos escravos era muito baixa. Poucos, de fato, conseguiam chegar aos sessenta anos de vida. Por fim, em 13 de maio de 1888, foi promulgada a Lei nº 3.353, conhecida como **Lei Áurea**, que declarou extinta a escravidão no Brasil. Essa lei teve apenas um efeito simbólico. Os movimentos abolicionistas ganharam muita força durante o império. A resistência e as constantes fugas eram fatos amplamente conhecidos, de forma que a lei veio apenas sedimentar um processo de libertação que já vinha se consolidando no Brasil imperial.

131 SCHWARCZ, 2001, p. 46.

132 HASENBALG, Carlos. **Discriminação e desigualdades raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

133 FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**. São Paulo: Biblioteca Azul, 2008. p. 164.

das” e inacessíveis; as posições “abertas” eram seletivas segundo critérios que só episodicamente podiam favorecer pequeno número de “elementos de cor”. O negro e o mulato, que ficaram à margem da ordem social competitiva, continuavam na mesma situação em seus desdobramentos históricos posteriores¹³⁴.

Dessa forma, não parece ser plausível defender a tese de uma “democracia racial” em um país altamente restritivo que não consegue incorporar, nos principais centros de poder, parcelas da população que gozam de elevada representatividade. A ausência de negros nas universidades, no serviço público e no mercado privado de trabalho não é um fato isolado e hodierno, mas sim decorrente de um processo histórico de exclusão e de intolerância que sempre viu na figura do negro um indivíduo sem qualificação técnica e intelectual.

Trazendo essa discussão para a contemporaneidade, o cenário de exclusão e de falta de representatividade dos negros na iniciativa privada não é algo trivial.

Em 2016, foi realizada uma pesquisa na qual se buscou traçar o perfil social, racial e de gênero dos 200 principais fornecedores da Prefeitura de São Paulo. A pesquisa foi uma parceria feita entre a Secretaria Municipal de Promoção da Igualdade Racial (SMPIR) da Cidade de São Paulo, o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e o instituto Ethos, com o objetivo de chamar a atenção para as desigualdades raciais e de gênero existentes nos quadros das principais empresas da cidade de São Paulo. Conclui-se, nesse estudo, que “as mulheres, os negros, as pessoas com deficiência e com mais de 45 anos têm dificuldade em ter os seus talentos aprovados com equidade no mundo corporativo”¹³⁵.

No que tange ao incentivo por parte dessas empresas de adotarem ações afirmativas, com o objetivo de potencializar a participação de negros em seus quadros funcionais, não obstante o grupo de pretos e pardos corresponder a mais de 37% da população da cidade de São Paulo¹³⁶, a pesquisa mostrou uma dificuldade das empresas consultadas de adotarem medidas concretas para ampliar a participação de negros, visto que 86% delas não possuem qualquer mecanismo para incentivar e ampliar a presença desse grupo em seus quadros funcionais, conforme se pode extrair da tabela abaixo:

134 FERNANDES, op. cit., p. 165.

135 INSTITUTO ETHOS; SMPIR DA CIDADE DE SÃO PAULO; BID. **Perfil social, racial e de gênero dos 200 principais fornecedores da Cidade de São Paulo**. São Paulo: 2016. Disponível em: https://www.ethos.org.br/wp-content/uploads/2016/01/Perfil-Social-Racial-e-de-Genero-das-200-Principais-Fornecedores-da-Prefeitura-de-Sao-Paulo_DIGITAL.pdf. Acesso em: 24 nov. 2018.

136 Ibid., p. 20.



Tabela 3 — Incentivo à participação de negros nas principais empresas fornecedoras da prefeitura de São Paulo

Posições	Políticas com metas e ações planejadas	Não possui medidas para incentivar e ampliar a presença de negros	Ações pontuais
Diretoria	6,0%	86,0%	8,0%
Gerência	6,0%	86,0%	8,0%
Supervisão	6,0%	86,0%	8,0%
Quadro funcional	6,0%	86,0%	8,0%
<i>Trainees</i>	6,0%	86,0%	8,0%
Estagiários	6,0%	86,0%	8,0%

Fonte: Instituto Ethos, 2016.

Além da ausência de ações afirmativas pelas empresas na cidade São Paulo, a população negra segue sub-representada em todos os níveis hierárquicos das empresas consultadas. Os cargos de diretor, gerente, supervisor e funcionário ainda são ocupados majoritariamente por pessoas brancas. Nas posições em que há exigência de um nível de escolaridade mais baixo, como no caso dos jovens aprendizes, a participação da população negra é acentuada. Agora, naquelas posições nas quais, na maioria dos casos, exige-se do candidato fluência em vários idiomas, graduação em universidades de excelência e cursos de especialização, a participação dos brancos é dominante.

Tabela 4 — Distribuição de cargos de empresas com vínculos ativos na cidade de São Paulo por raça ou cor¹³⁷

Gênero/Cor ou Raça	Diretor	Gerente	Supervisor	Funcionário	Aprendiz
Branca	63%	78%	64%	52%	52%
Negra	6%	15%	22%	28%	43%
Indígena	0%	0%	0%	0%	0%
Amarela	2%	2%	1%	1%	0%
Não identificada	29%	5%	13%	19%	5%

Fonte: Rais/MTE, 2013; município de São Paulo; setores selecionados para amostra.

137 INSTITUTO ETHOS; SMPIR DA CIDADE DE SÃO PAULO; BID, op. cit., p. 40.

E quando o recorte se dá por gênero, o quadro torna-se ainda mais alarmante, uma vez que a mulher negra, comparada com os demais grupos, é a que menos ocupa posição de destaque na iniciativa privada da cidade de São Paulo. Os homens brancos, por sua vez, ocupam mais de 47% das posições de diretoria, que pode ser considerada a última dentro da hierarquia dos planos de carreira das empresas. A Tabela 5 mostra que os cargos que possuem maior remuneração e prestígio são pouco ocupados pela população negra do país. Esses quadros só refletem a desigualdade econômica e social que ainda separam negros e brancos das posições de destaque no país, tal como observado quando se discutiu ações afirmativas para ingresso no ensino superior e no serviço público.

Tabela 5 — Distribuição de cargos com vínculos ativos na cidade de São Paulo por gênero e cor ou raça (em números absolutos)¹³⁸

Gênero/Cor ou Raça	Diretor	Gerente	Supervisor	Funcionário	Aprendiz	Total
Mulher negra	450	13.049	12.356	496.322	6.885	529.062
Mulher branca	4.408	68.256	39.652	1.019.041	8.445	1.139.802
Mulher amarela	129	99	885	15.821	81	17.015
Homem negro	1.116	16.920	16.574	744.490	7.026	786.126
Homem branco	13.054	88.717	46.231	1.313.620	8.168	1.469.790
Homem amarelo	373	169	931	18.293	65	19.831
Não identificados	8.208	14.341	17.469	861.302	1.543	902.863
Total	27.738	201.551	134.098	4.468.889	32.213	4.864.489

Fonte: Rais/MTE, 2013; município de São Paulo; setores selecionados para amostra.

A dificuldade de inserção dos negros no mercado de trabalho se dá por razões históricas e culturais, uma vez que o processo de abolição não garantiu nenhuma forma de inclusão dessa população no mercado de trabalho. De fato, no período pós-escravidão, parece ter havido uma preferência maior pela mão de obra europeia do que pelo aproveitamento da força de trabalho que já existia no Brasil, no caso, a mão de obra negra. Isso, por si só, além de ter gerado a exclusão dessa parcela da população do acesso à terra e ao mercado de trabalho, foi crucial para a perpetuação de desigualdades sociais e étnicas que podem ser observadas até os dias de hoje. Aliado a isso, conforme os índices do IBGE trazidos na introdução do presente trabalho, a população negra é a

¹³⁸ INSTITUTO ETHOS; SMPIR DA CIDADE DE SÃO PAULO; BID, op. cit.

que mais sofre diretamente os efeitos do desemprego, da inflação e da baixa escolaridade. Por conta disso, o estabelecimento de políticas públicas voltadas para a inclusão dessa parcela da população mostra-se necessária.

4.2 Projetos de lei que visam a instituir ações afirmativas na iniciativa privada

Antes de entrar na análise em si dos PL selecionados, é necessário fazer duas ponderações.

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que o debate sobre a adoção obrigatória de políticas públicas de cotas raciais pelas empresas privadas passa pela discussão de uma possível violação ao princípio da livre iniciativa, a que se refere o art. 170 da CRFB/1988. Sobre esse ponto, defende-se que não há violação a esse dispositivo constitucional. Isso porque a própria CRFB estabeleceu que os agentes privados, no desempenho de suas atividades econômicas, deverão atuar na busca pela redução das desigualdades regionais e sociais, interpretação esta que pode ser inferida do art. 170, VII, da CRFB/1988. Sendo assim, tendo em vista a persistência do racismo institucional verificado também na iniciativa privada, conforme os dados analisados por meio da pesquisa realizada pelo instituto Ethos, é dever do estado e dos agentes privados atuarem de forma a corrigir tais distorções de representatividade verificados nos quadros das principais empresas do país. Como bem observado na Tabela 5, o componente fenotípico ainda pode ser um elemento a ser utilizado para inviabilizar a promoção de certos indivíduos a posições de maior destaque e prestígio dentro das grandes empresas.

Em segundo lugar, podem-se levantar objeções quanto ao preenchimento do requisito da “necessidade” em uma eventual ponderação de princípios. Segundo Robert Alexy¹³⁹, na análise de constitucionalidade de uma determinada medida visada pelo Estado que envolva direitos fundamentais ou outros princípios constitucionais, é necessário fazer o teste da proporcionalidade. Mais especificamente, este envolve avaliar se a medida em questão é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. No caso das políticas de cotas na iniciativa privada, há pelo menos duas medidas possíveis para a promoção da igualdade racial no país, quais sejam: (i) a instituição da obrigatoriedade de criação de reserva de vagas nas empresas, por meio da criação de regras de comando e controle e (ii) a criação de incentivos, como preferência na contratação com o poder público¹⁴⁰, ou mesmo a criação de incentivos fiscais.

139 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Disponível em: http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexys-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf?fbclid=IwARISRmq5I3YBvVijjVZv_DMvuInH-A3-HdUt4IMTZLi5t_QUaSKWQE5F8fk. Acesso em: 29 nov. 2018.

140 Nesse sentido, podemos citar o **PL nº 5.027/2016**, de autoria das deputadas Benedita da Silva (PT/RJ), Tia Eron (PRB/BA) e Rosângela Gomes (PRB/RJ). De acordo com o projeto apresentado pelas deputadas, no caso de licitação a ser regida pelo rito da Lei nº 8.666/1993, caso seja

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) estabelece que o poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho visando à promoção de igualdade nas contratações com o setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas. Sendo assim, o poder público estimulará, por meio de incentivos, a adoção de iguais medidas pelo setor privado¹⁴¹. Por conta disso, os críticos das medidas de ações afirmativas podem alegar que a instituição da obrigatoriedade da reserva de vagas, como vem sendo feita, nos termos dos PL que serão analisados a seguir, talvez não seja a medida mais necessária para a promoção dos objetivos visados pelas ações afirmativas (no caso, a mitigação da desigualdade social e do déficit de representatividade nos setores da iniciativa privada), já que o Estatuto da Igualdade Racial fala expressamente na criação de “incentivos”.

Por ora, a análise mais minuciosa sobre os custos envolvendo a adoção das duas medidas pelo poder público, para efeitos comparativos, foge do escopo deste trabalho, visto que seria preciso fazer uma análise econômica e regulatória sobre a questão. Não obstante, é possível argumentar que os incentivos fiscais poderiam representar um ônus a mais momentaneamente aos cofres públicos, considerando que o governo brasileiro prevê déficit fiscal de 139 bilhões de reais para o ano de 2019¹⁴², o que poderia gerar forte insegurança jurídica na implementação das políticas públicas de cunho racial. De qualquer forma, esse dado trata apenas de uma especulação e, por isso, considera-se que tanto a criação da obrigatoriedade da reserva de vagas quanto a criação de incentivos podem perfeitamente ser consideradas como adequadas e necessárias para a promoção da igualdade racial no país.

Após essas duas ponderações, serão analisados os PL em curso no poder legislativo que têm como objetivo instituir a política de cotas raciais na iniciativa privada. Nesse sentido, foram encontrados quatro PL na Câmara dos Deputados que visam a disciplinar a matéria; quais sejam: PL nº 2.697/2007, PL nº 3.147/2000, PL nº 9.771/2018, PL nº 5.882/2005; e um PL em trâmite no Senado Federal: PLS nº 235/2008. A partir da análise de cada um desses projetos, será possível verificar se os mesmos estão em compatibilidade com os requisitos estipulados nas duas decisões já julgadas pelo STF, as quais foram analisadas no item 3 desta monografia, que trataram sobre a instituição de políticas de cotas raciais para ingresso no ensino superior e no serviço público.

verificado o empate técnico entre duas ou mais propostas na fase de julgamento das mesmas, a classificação dará preferência ao licitante que apresentar políticas de inclusão funcional de negros em seus programas, e, caso o empasse permaneça, será realizado sorteio. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1453391.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2018.

141 BRASIL. Estatuto da Igualdade Racial-Lei 12.288/2010, Art. 39, § 3º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm. Acesso em: 29 nov. 18.

142 Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/5448767/governo-preve-deficit-fiscal-de-r-139-bi-em-2019>. Acesso em: 29 nov. 2018.

4.2.1 Projeto de Lei nº 2.697 de 2007

O PL nº 2.697/2007 foi apresentado, em 19 de dezembro de 2007, pelo deputado federal Evandro Milhomen, do PC do B/AP, com o objetivo de instituir a obrigatoriedade de contratação de 20%, no mínimo, de pessoas pretas e pardas pelas empresas com vinte ou mais empregados¹⁴³. O projeto estabelece que a condição de negro ou pardo será verificada por meio da autodeclaração (art. 2º). Do mesmo modo, atribui competência ao Ministério do Trabalho e Emprego para fiscalizar, avaliar e fazer o controle das empresas na implementação de ações afirmativas na iniciativa privada. As empresas, caso não observem a reserva de vagas de 20%, no mínimo, estarão sujeitas à multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador por vaga não preenchida, valor esse que pode ser elevado em 50% em caso de reincidência¹⁴⁴. Além disso, as empresas infratoras ficarão proibidas de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras (art. 4º, incisos I e II)¹⁴⁵.

O autor da proposta justifica a necessidade de instituição de reserva de vagas para trabalhadores negros (pretos e pardos) em razão da falta de conscientização das empresas em relação à diversidade racial. Menciona que, apesar de algumas já terem políticas de ações afirmativas, como o **projeto Geração XXI da Fundação BankBoston**, o **Programa de Valorização da Diversidade da Cia Paulista de Força e Luz (CCPFL)** e o **Programa de diversidade da Fersol Indústria e Comércio**¹⁴⁶, a população negra ainda segue sub-representada em setores da iniciativa privada. Ressalta, no mais, que os negros, a despeito de constituírem mais da metade dos trabalhadores brasileiros, têm as maiores taxas de desemprego quando comparadas com as da população branca.

4.2.2 Projeto de Lei nº 3.147 de 2000

Em 31 de maio de 2000, o PL nº 3.147/2000 foi apresentado pelo deputado federal Luiz Bittencourt, do PMDB/GO, com o objetivo também de instituir ações afirmativas na iniciativa privada. Pelo art. 1º do projeto, as empresas ficam obrigadas a instituir 10% do total de vagas de seu quadro pessoal para trabalhadores negros, desde que devidamente habilitados para o exercício da profissão¹⁴⁷. Em sua justificativa, é possível verificar que o projeto foi apresentado com o objetivo precípuo de promover a igualdade material, uma vez que o parlamen-

143 BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.697 de 2007. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=534065&filename=PL+2697/2007. Acesso em: 27 nov. 2018.

144 Ibid., p. 2.

145 Ibid.

146 Ibid., p. 4.

147 BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.147 de 2000. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD15JUN2000.pdf#page=146>. Acesso em: 27 nov. 2018.

tar observa que a presença dos negros em todos os setores da economia ainda é muito modesta¹⁴⁸. E diante dessa dificuldade, principalmente no que diz respeito ao acesso ao mercado de trabalho, a adoção de ações afirmativas mostra-se necessária, segundo o autor do projeto.

4.2.3 Projeto de Lei nº 9.771 de 2018

Em 14 de março de 2018, o deputado federal Luiz Couto, do PT/PB, apresentou o PL nº 9.771/2018, com o objetivo de alterar o art. 39 da Lei nº 12.288/2010, para instituir a obrigatoriedade de reserva de vagas de 50%, no mínimo, das vagas de emprego para a população negra nas empresas com mais de vinte empregados¹⁴⁹. Segundo o parlamentar, o percentual justifica-se, uma vez que “de acordo com dados do IBGE relativos ao ano de 2016, a população negra, constituída pelos autodeclarados pretos e pardos, chegou a 56,7% da população brasileira”¹⁵⁰. Além disso, observou que, diante da ausência de regras impositivas sobre a reserva de vagas para a população negra e da evidente desigualdade racial no mercado de trabalho¹⁵¹, a alteração na Lei nº 12.288/2010 mostrava-se necessária.

4.2.4 Projeto de Lei nº 5.882 de 2005

Em 13 de setembro de 2005, o deputado federal Vincentinho, do PT/SP, apresentou o PL nº 5.882/2005, com o objetivo de garantir a reserva de vagas na contratação de pessoas negras pelas empresas. O critério de definição da porcentagem que será seguida pelas empresas vai depender do local em que as mesmas estiverem instaladas, de acordo com os dados definidos pelo IBGE e pelo IPEA¹⁵². O projeto também prevê a possibilidade de fornecimento de cursos de qualificação e profissionalização (art. 3º)¹⁵³ para os beneficiários da política. Além disso, estabelece que devem ser asseguradas aos negros as mesmas oportunidades de ascensão profissional e hierárquica dentro do ambiente corporativo (art. 4º).¹⁵⁴

Segundo o autor da proposta, a falta de representatividade da população negra no mercado de trabalho pode ser explicada em função de práticas dis-

148 Ibid., p. 31.377.

149 BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 9.711 de 2018. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1644026&filenome=PL+9771/2018. Acesso em: 27 nov. 2018.

150 Ibid., p. 3.

151 Ibid., p. 2.

152 BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.882 de 2005. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=339228&filenome=PL+5882/2005. Acesso em: 27 nov. 2018.

153 Ibid., p. 1.

154 Ibid.

crimatórias que utilizam a cor da pele do indivíduo como um dos critérios de seleção dos futuros funcionários das empresas.¹⁵⁵ Ademais, pondera que, no mundo corporativo, existe dificuldade de tratamento isonômico, pois há dificuldade de “ascensão profissional e hierárquica”¹⁵⁶ dos negros nas empresas. Dessa forma, esse projeto está inserido no âmbito de políticas públicas que visam a garantir a igualdade de oportunidades no acesso a bens sociais escassos, tendo como objetivo garantir a busca pela igualdade racial no país.

4.2.5 Projeto Legislativo do Senado nº 235 de 2008

No Senado Federal, o único projeto encontrado, com o objetivo de garantir as cotas raciais na iniciativa privada, foi o PLS nº 235/2008, que foi apresentado pelo senador Paulo Paim, do PT/RS. O projeto foi protocolado em 12 de junho de 2008, mas foi arquivado em 28 de outubro do mesmo ano, em razão de pedido realizado pelo próprio autor¹⁵⁷. A proposta tinha por objeto a alteração da Lei nº 9.029/1995, para dispor sobre a discriminação e a igualdade racial nas relações de emprego, estabelecendo cotas nos cargos em comissão do grupo de Direção e Assessoramento, a definição de discriminação explícita e implícita e as cotas raciais na iniciativa privada. Para fins deste trabalho, serão analisadas apenas as ações afirmativas nas relações de emprego.

Nos termos do art. 2º da proposta, pelo prazo de cinco anos contados da publicação da lei, as empresas com mais de duzentos empregados deverão ter uma reserva de vagas de, no mínimo, 70%, destinada à população afro-brasileira, no estado no qual se encontram instaladas¹⁵⁸. O mesmo dispositivo estabelece uma cláusula de barreira ao dispor que a empresa não deverá observar a cota estipulada pela lei quando a posição exigir qualificação profissional indispensável ao desempenho de determinada função¹⁵⁹.

Em 27 de agosto de 2008, foi aprovado um parecer pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa alterando o art. 2º da proposta para que a reserva das vagas seja de 46%, e não de 70%, conforme apresentado na proposta inicial. O relator, senador Papaléo Paes, mencionou que as cotas devem refletir a representatividade de negros na composição da população brasileira. E, de acordo com os dados do IBGE da época, os negros representavam

155 Ibid., p.2.

156 Ibid.

157 Nos termos do Requerimento nº 1.080, de 2008, o senador Paulo Paim, tendo por base o art. 256, inciso I, do RISF, retirou o PLS nº 235 de tramitação no Senado Federal. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=10/09/2008&paginaDireta=37224>. Acesso em: 28 nov. 2018.

158 BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 235. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4071848&ts=1543070728836&disposition=inline>. Acesso em: 28 nov. 2018.

159 Ibid., p. 4.

46% da população economicamente ativa (PEA)¹⁶⁰. O relator também observa ser importante que as empresas recebam algum tipo de benefício do estado por sua participação nas políticas de ação afirmativa, que têm como finalidade a inclusão do negro no mercado de trabalho¹⁶¹.

Para ser beneficiário da política em comento, o candidato deve autodeclarar-se como pertencente ao grupo de pretos ou pardos. O projeto, assim, veda qualquer possibilidade de identificação da condição de cotista por terceiros. Nesse sentido, de acordo com o art. 1º-G, parágrafo único, “os empregadores não poderão pedir fotografia ou declaração de raça dos candidatos a emprego”¹⁶². Em sua justificativa, o parlamentar observa que:

[...] Tomamos o cuidado de não atentar contra a livre iniciativa dos agentes particulares, harmonizando esse princípio da ordem econômica à proibição da discriminação, inclusive mediante o estabelecimento de uma cota modesta e razoável para a contratação de afro-brasileiros, que se revela mais como medida antidiscriminatória do que realmente favorecedora da inclusão. Essa última modalidade ganha espaço na esfera pública, na qual concentramos as medidas destinadas a promover a igualdade de oportunidades para os afro-brasileiros ¹⁶³.

4.3 Análise da constitucionalidade dos PL selecionados

Por conseguinte, para verificar se os PL estão em consonância com o entendimento do STF sobre a matéria, é imprescindível verificar se eles: (a) reparam desigualdades sociais e combatem discriminações de cunho racial (promoção da igualdade material); (b) promovem a diversidade no ambiente em que a ação afirmativa será implementada; (c) são transitórios, tendo um prazo específico de vigência; (d) passam pelo teste de proporcionalidade (julgamento da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito da medida); e, por fim, (e) adotam os critérios da autodeclaração e da heteroidentificação no processo de aplicação das cotas raciais. Sendo assim, caso os projetos de lei sob análise não obedeçam a esses critérios, eles podem ser considerados inconstitucionais, pois não estarão no âmbito de incidência dos precedentes firmados na ADPF nº 186 e na ADC nº 41. Tal análise pode ser feita, conforme tabela abaixo:

160 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4071839&ts=1543070728784&disposition=inline>. Acesso em: 28 nov. 2018.

161 Ibid., p. 4.

162 Projeto de Lei nº 235, op.cit., p. 4.

163 Ibid., p. 5.

Tabela 6 — Preenchimento dos requisitos estipulados na ADPF nº 186 e na ADC nº 41

Projeto	Fim: Promoção da igualdade material	Proporcionalidade	Promoção da diversidade	Transitoriedade	Autodeclaração e/ou heteroidentificação	Constitucionalidade?
PL nº 2.697	SIM	SIM	SIM	NÃO	SIM	Inconstitucional
PL nº 3.147	SIM	SIM	SIM	NÃO	NÃO	Inconstitucional
PL nº 9.771	SIM	SIM	SIM	NÃO	NÃO	Inconstitucional
PL nº 5.882	SIM	SIM	SIM	NÃO	NÃO	Inconstitucional
PLS nº 235	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	Constitucional, com exceção do art. 1º-G, parágrafo único

Em relação ao primeiro requisito, todos os projetos de lei consultados, de alguma forma, têm como objetivo principal garantir a correção de injustiças raciais presentes na sociedade brasileira. Em suas justificativas, os parlamentares chamam a atenção para a necessidade de instituição das cotas raciais em razão da baixa participação da população negra no acesso a bens importantes, como educação, trabalho e moradia digna. Por isso, as políticas afirmativas seriam uma forma de promoção da igualdade material, na medida em que há razões constitucionais legítimas, como a necessidade de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme dispõe o art. 3º, I, da CRFB/1988, para a realização de tratamentos diferenciados.

Em relação ao segundo requisito, todas as proposições legislativas podem ser consideradas proporcionais. Conforme já foi analisado, a instituição da obrigatoriedade da reserva de vagas é adequada e necessária para a promoção da igualdade racial no país. Prova disso é que todos os PL instituem a reserva de vagas considerando os dados do IBGE, que mostram a composição, em termos percentuais, da população de negros (pretos e pardos) no país. Alguns projetos, inclusive, são mais conservadores do que os outros. No PL nº 2.697/2007, a reserva é de 20%, ao passo que, no PL nº 5.882/2005, a reserva varia de acordo com a composição étnica de negros verificada nas regiões onde as empresas exercem suas atividades. No que tange à proporcionalidade em sentido estrito, ressalta-se que a reserva de vagas promove valores constitucionais relevantes,

como a promoção da igualdade material e o acesso ao trabalho, direito social considerado de elevada importância no ordenamento jurídico brasileiro, conforme dispõe o art. 6º da CRFB/1988.

Em relação ao terceiro requisito, todas as propostas legislativas em análise também promovem a diversidade, que é um dos corolários do princípio da igualdade, no ambiente em que serão implementadas, uma vez que, conforme apresentado pelos parlamentares, o mercado de trabalho formal brasileiro ainda é excludente e conta com uma baixa participação da comunidade negra nos principais postos de emprego da iniciativa privada do país.

Em relação ao quarto requisito, constata-se que os PL de nºs 2.697/2007, 3.147/2000, 9.771/2018, 5.882/2005 não possuem dispositivos que disponham sobre a transitoriedade das políticas afirmativas de cunho racial. Nos dois precedentes do STF sobre a matéria, o requisito da temporariedade foi considerado essencial para a declaração de constitucionalidade da Resolução nº 38, do CEPE, e da Lei nº 12.990/2014. Isso porque tratamentos diferenciados não podem ser perpetuados no tempo, pois dependem diretamente da manutenção do quadro de desigualdade racial e social em questão. Assim, por meio de avaliações periódicas, é necessário verificar se as ações afirmativas estão surtindo efeitos e cumprindo com o seu objetivo principal, que, no caso, é garantir um aumento da participação de negros nos principais postos de emprego da iniciativa privada. Ausente o critério da temporariedade, os projetos de lei são passíveis de serem declarados inconstitucionais. Nesse sentido, o único projeto de lei que cumpriu com esse requisito foi o PLS nº 235/2008, de autoria do senador Paulo Paim, que estipulou o prazo de vigência de cinco anos para a manutenção da reserva de vagas para a contratação de empregados afro-brasileiros pelas empresas instaladas no país.

Por fim, em relação ao último requisito, observa-se que os PL nºs 3.141/2000, 9.771/2018 e 5.882/2005 não estipulam nenhum mecanismo de verificação da condição de potencial beneficiário da ação afirmativa. Por sua vez, o PL nº 2.697/07 menciona de forma expressa que a condição de pessoa preta ou parda será realizada mediante autodeclaração. Tal fato não impede, contudo, que a própria empresa adote mecanismos de heteroidentificação para verificar se aquele candidato à vaga reservada pertence ou não ao grupo destinatário das cotas raciais. Nesse ponto, o PLS nº 235/08 possui um dispositivo que padece de vício de constitucionalidade. Isso porque, de acordo com o art.1º-G, parágrafo único da proposta, “os empregadores não poderão pedir fotografia ou declaração de raça ou cor dos candidatos”¹⁶⁴.

Nas duas decisões do STF sobre a questão, concluiu-se que seria plenamente constitucional a adoção de mecanismos de identificação por terceiros,

164 Projeto de Lei nº 235, op. cit., p. 4.

desde que se respeitasse a dignidade pessoal do candidato. O objetivo principal da adoção da heteroidentificação é evitar a utilização das cotas por pessoas que não são beneficiárias da política pública em comento. Assim, nada impede que as empresas, antes de convocarem os candidatos para a entrevista, solicitem fotografias ou declaração de raça ou cor dos candidatos, com o objetivo de verificar se aquele potencial candidato faz jus ou não às cotas raciais na iniciativa privada. E caso restem dúvidas sobre a condição fenotípica do candidato, a autodeclaração deve prevalecer. Sobre esse ponto, é interessante fazer um adendo. A legitimidade das empresas para realizar o controle dos candidatos às vagas reservadas se dá em razão da necessidade de realização de controle sobre a efetividade das ações afirmativas. Dessa forma, visa-se a garantir que o público-alvo das ações afirmativas seja atingido, a fim de se evitar práticas fraudulentas que possam comprometer a efetividade dos referidos programas¹⁶⁵.

Não obstante o art.1º-G, parágrafo único, do PLS nº 235/2008 ser problemático, pois veda a possibilidade de utilização de mecanismos de heteroidentificação, tal proposta é a única que está mais próxima do âmbito da *ratio decidendi* definida no item 3 desta monografia. Dessa forma, o PLS nº 235/08 é o único projeto de lei consultado que pode ser considerado constitucional, conforme os critérios estipulados na ADPF nº 186 e na ADC nº 41.

5 Considerações finais

O presente trabalho teve como objetivo principal lançar uma luz sobre a possibilidade de instituição de cotas raciais em setores da iniciativa privada. Conforme abordado ao longo desta monografia, a discussão sobre as ações afirmativas na iniciativa privada mostra-se necessária, sobretudo considerando a baixa representatividade da população negra no mercado de trabalho. Os dados da pesquisa Ethos chamam a atenção para duas questões importantes: a falta de conscientização das empresas na adoção de ações afirmativas na iniciativa privada e a quantidade irrisória de negros que ocupam os cargos de diretoria, gerência e supervisão nas grandes corporações. Tal constatação pode ser um indício da existência de barreiras institucionais que consideram o componente “raça” como fator fundamental para a promoção dos empregados às posições mais prestigiadas dentro das empresas.

165 Ressalta-se que as próprias empresas podem burlar o sistema ao não implementarem as ações afirmativas na iniciativa privada. Por conta disso, a existência de procedimentos internos de vigilância não impede que o estado estabeleça mecanismos próprios de fiscalização para também realizar controle sobre a efetividade das ações afirmativas nas empresas. Nesse sentido, o art. 3º, do PL nº 2.697/07, prevê que “Compete ao Ministério do Trabalho estabelecer sistemática de fiscalização, avaliação e controle das empresas, como instituir procedimentos e formulários que propiciem estatísticas sobre o número de pessoas pretas e pardas economicamente ativas e as vagas [...]”. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=534065&filename=PL+2697/2007. Acesso em: 30 nov. 2018.

Com o intuito de corrigir os efeitos da discriminação movida por fatores raciais, o lançamento de ações afirmativas na iniciativa privada pode ser um caminho a ser trilhado pelo poder público, em parceria com os agentes privados, na busca pela igualdade racial no país.

Não obstante a possibilidade de adoções de ações afirmativas na iniciativa privada pelo Estado, defendeu-se que os projetos de lei que venham a disciplinar a matéria têm de preencher os parâmetros definidos na ADPF nº 186 e na ADC nº 41. Tendo por base os ensinamentos de Frederick Schauer sobre o sistema de precedentes, foi possível verificar quais foram as razões subjacentes por trás dessas duas decisões, que poderiam funcionar como verdadeiros precedentes horizontais em uma eventual discussão sobre a constitucionalidade das ações afirmativas na iniciativa privada.

Por meio da análise desses dois casos, chegou-se à conclusão de que há pontos em comum na fundamentação dos ministros sobre a disciplina das ações afirmativas. Assim, para que uma lei ou ato normativo sobre cotas raciais na iniciativa privada seja considerada constitucional, é imprescindível que a política pública em comento: (a) promova a igualdade material e a (b) diversidade no ambiente em que será implementada; (c) seja transitória; (d) passe pelo teste da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e; por fim, (e) adote os critérios da autodeclaração e/ou heteroidentificação no processo de aplicação das cotas raciais.

Nessa toada, foram consultadas cinco proposições legislativas por meio das quais visa-se à instituição de cotas raciais na iniciativa privada. Conforme observado no item 4.2 desta monografia, nem todos os projetos de lei podem ser considerados constitucionais. Dentre os processos legislativos consultados (PL nºs 2.697, 3.147, 9.771, 5.882 e o PLS nº 235), apenas o último preencheu todos os requisitos estipulados na *ratio decidendi* identificada a partir dos dois casos julgados pelo STF. Os demais projetos de lei não estão em consonância com o entendimento do supremo sobre a matéria, porque não incidem diretamente na razão de decidir do tribunal.

Por fim, o problema principal foi respondido e foi-se além, uma vez que a análise minuciosa da ADPF nº 186 e da ADC nº 41 teve como objetivo verificar os fundamentos das duas decisões que podem orientar a estratégia de decisão dos ministros em casos futuros. Conquanto o supremo apresente uma maior tendência, nos últimos anos,¹⁶⁶ a formação de um sistema de precedentes, principalmente nos casos difíceis¹⁶⁶, o resultado de eventual julgamento sobre a constitucionalidade de ações afirmativas na iniciativa privada é incerto. Isso porque os ministros podem estabelecer outras premissas, outros problemas e

166 VOJVODIC, op. cit., p. 27.

a própria composição do tribunal pode influenciar diretamente no resultado da decisão. Não obstante isso, houve uma tentativa de parametrização do conteúdo das duas ações em questão para justificar quais argumentos podem ser considerados partes da *ratio decidendi* do tribunal e que, eventualmente, poderiam vincular os ministros em razão da necessidade de manutenção de um sistema de precedentes hígido, cujo objetivo é garantir a estabilidade e a segurança do processo decisório no STF.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Disponível em: http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexey-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf?fbclid=IwAR1SRmq5l3YBvVijjVZv_DMvu1nH-A3-HdUt4IMTZLi5t_QUaSKWQE5F8fk. Acesso em: 29 nov. 18.

ALMEIDA, Danilo dos Santos; BOGOSSIAN, Andre Martins. “Nos termos do voto do relator”: considerações acerca da fundamentação coletiva nos acórdãos do STF. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 1, p. 288-289, 2016.

BERNARDINO, Joaze. Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil. **Estud. afro-asiát.**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, 2002.

BRASIL, Amcham. Mercado de trabalho ainda é excludente para negros no Brasil. **Estadão**, 21 jun. 2017. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/blogs/ecoando/mercado-de-trabalho-ainda-e-excludente-para-negros-no-brasil/>. Acesso em: 18 nov. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.697 de 2007**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=382138>. Acesso em: 27 nov. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.147 de 2000**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19175&ord=1>. Acesso em: 27 nov. 2018.

Brasil. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.027/16**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1453391.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.882 de 2005**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=299788>. Acesso em: 27 nov. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 9.711 de 2018**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2169310>. Acesso em: 27 nov. 2018.

BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei nº 235**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/85812>. Acesso em: 28 nov. 18.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 7 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-65810-8-dezembro-1969-407323-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.288/10, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.990, de 9 de junho de 2014**. Reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 7 nov. 2018.

BRASIL. **Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia.** Disponível em: http://www5.tjba.jus.br/juizadosespeciais/images/pdf/legislacao/regimento_interno_tribunal_justica_bahia.pdf. Acesso em: 7 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41.** Relator: Min. Luís Roberto Barroso. DJ: 08/06/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186.** Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ: 26/04/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343/SP.** Relator: Min. Cezar Peluso. DJe: 03/12/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 21 nov. 2018.

BRESCIANI, Eduardo. Toffoli diz que estará 'impedido' de julgar cotas raciais. **G1**, 30 set. 2009. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/O,,MUL1324090-5601,00-TOFFOLI+DIZ+QUE+ESTARA+IMPE-DIDO+DE+JULGAR+COTAS+RACIAIS.html>. Acesso em: 12 nov. 2018.

DA COSTA, Thales Morais. Conteúdo e alcance da decisão do STF sobre a Lei de Imprensa na ADPF 130. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 121, jan./jun. 2014.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O Relator dá voz ao STF. Uma réplica a Almeida e Bogossian. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, n. 2, p. 1420, 2016.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes.** São Paulo: Biblioteca Azul, 2008. p. 164.

FERNANDES, Florestan. Prefácio. In: CARDOSO, F. H.; IANNI, Octávio. **Cor e mobilidade social em Florianópolis.** São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

PEQUENA EMPRESAS & GRANDES NEGÓCIOS. **Negros e pardos têm rendimento bem inferior ao da população branca, diz IBGE**. Disponível em: <https://revistapegn.globo.com/Negocios/noticia/2017/02/pegn-negros-e-pardos-tem-rendimento-bem-inferior-ao-da-populacao-branca-diz-ibge.html>. Acesso em: 19 out. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. **Rev. Estud. Fem.**, v. 16, n. 3, p. 887-896, 2008.

PUPO, Fábio; Graner, Fábio. Governo prevê déficit fiscal de R\$ 139 bi em 2019. **Valor Econômico**. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/5448767/governo-preve-deficit-fiscal-de-r-139-bi-em-2019>. Acesso em: 29 nov. 2018.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação Afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 15, p. 283-295, jul./set. 1996.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. HUP, 2009. Tradução livre de Fábio Schecaira, Noel Struchiner e Diego Werneck. Disponível em: <<https://ecitydoc.com/download/frederick-schauer-thinking-like-a-lawyer-hup-2009-traduaopdf>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

SCHWARCZ, Lília Moritz. **Racismo no Brasil**. São Paulo: Publifolha, 2001.

SCHWARCZ, Lília Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil — 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 58.

SHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. London: Harvard University Press, 2009.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evarah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. **Rev. Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 15, jun. 2009.

ANEXO A — PROJETO DE LEI Nº 2.697, DE 2007**PROJETO DE LEI Nº 2.697, DE 2007
(Do Sr. EVANDRO MILHOMEN)**

Dispõe sobre a reserva de vagas em empresas para os trabalhadores pretos e pardos.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º As empresas com vinte ou mais empregados estão obrigadas a empregar número de pessoas pretas e pardas equivalente a, no mínimo, vinte por cento dos trabalhadores existentes em todos os seus estabelecimentos.

Parágrafo único. A dispensa de empregado na condição estabelecida neste artigo, quando se tratar de contrato por prazo determinado, superior a noventa dias, e a dispensa imotivada, no contrato por prazo indeterminado, somente poderá ocorrer após a contratação de substituto em condições semelhantes.

Art. 2º Para os efeitos desta lei, a condição de pessoa preta e parda será determinada mediante autodeclaração.

Art. 3º Compete ao Ministério do Trabalho e Emprego estabelecer sistemática de fiscalização, avaliação e controle das empresas, como instituir procedimentos e formulários que propiciem estatísticas sobre o número de pessoas pretas e pardas economicamente ativas e as vagas preenchidas, para fins de acompanhamento do disposto no art. 1º desta lei.

Art. 4º Os infratores das disposições desta lei são passíveis das seguintes cominações:

I — multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador por vaga não preenchida, elevada em cinquenta por cento em caso de reincidência;

II — proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

Parágrafo único. Será adotado o critério da dupla visita para o disposto neste artigo, nos termos do art. 627-A da Consolidação das Leis do Trabalho e dos §§ 3º e 4º da Lei nº 7.855, de 24 de outubro de 1989.

Art. 5º O processo de fiscalização, notificação, autuação e imposição de multa reger-se-á pelo disposto no Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, aprovada pelo Decreto-lei no 5.452, de 1º de maio de 1943.

Art. 6º Esta lei entra em vigor noventa dias após a sua publicação

ANEXO B — PROJETO DE LEI Nº 3.147, DE 2000

PROJETO DE LEI Nº 3.147, DE 2000 (Do Sr. LUIZ BITTENCOURT)

Dispõe sobre a reserva de vagas para trabalhadores da raça negra nas empresas. (Apense-se ao Projeto de Lei nº 1.866, de 1999)

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Ficam as empresas obrigadas a reservar, no mínimo, 10% (dez por cento) do total de vagas de seu quadro de pessoal, para trabalhadores da raça negra, desde que devidamente habilitados para o exercício da atividade.

Parágrafo único. Entende-se como pertencente à raça negra, conforme configuração do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE, as pessoas pretas e pardas.

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO C — PROJETO DE LEI Nº 5.882, DE 2005**PROJETO DE LEI Nº 5.882, DE 2005
(DO SENHOR VICENTINHO)**

Dispõe sobre a proteção do emprego às pessoas negras

Art. 1º Ficam as empresas obrigadas a contratar pessoas negras e não negras, em proporção correspondente aos dados determinados por institutos como IBGE e IPEA, na região em que se localizam as mesmas.

§ 1º Não havendo existência de dados determinados pelos institutos acima mencionados, poderão, de comum acordo, haver definições entre sindicato de trabalhadores e empresa.

Art. 2º É obrigatório, pelas empresas, o anúncio das contratações segundo o critério estabelecido nesta lei, em veículo de comunicação regional de grande circulação.

§ 1º Decorridos 15 dias da publicação do anúncio, é facultado à empresa a livre complementação das vagas não preenchidas, desde que comprovada a falta de candidatos previstos nesta lei.

Art. 3º As empresas fornecerão cursos de qualificação e profissionalização em parceria com os órgãos institucionais.

Art. 4º Ficam as empresas obrigadas a desenvolverem mecanismos que assegurem às pessoas negras a mesma oportunidade de ascensão profissional e hierárquica, dentro da empresa, concedida às pessoas não negras.

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário.

ANEXO D — PROJETO DE LEI Nº 9.711, DE 2018

PROJETO DE LEI Nº 9.711, DE 2018 (Do Sr. Luiz Couto)

Altera o artigo 39 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, para instituir a obrigatoriedade de reserva de vagas para a população negra nas empresas com mais de vinte empregados.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 39 da Lei no 12.288, de 20 de julho de 2010, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 39. O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e das empresas e organizações privadas.

.....
§ 3º A empresa com mais de vinte empregados está obrigada a destinar à população negra, no mínimo, cinquenta por cento de suas vagas de emprego.

..... (NR)”

Art. 2º Esta lei entra em vigor após decorridos cento e oitenta dias de sua publicação oficial.

ANEXO E — PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 235, DE 2008

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 235, DE 2008

Altera a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, para dispor sobre a discriminação e a promoção da igualdade racial em relação de emprego.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

“Art. 1º-A. Para os fins desta Lei, considera-se discriminação por raça, cor ou origem toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica que tenha por efeito restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de quaisquer direitos nas relações de trabalho, nas seguintes modalidades:

I — discriminação explícita: estabelecimento, em entidades públicas ou privadas, de regras ou políticas internas que excluam ou desfavoreçam explicitamente certos grupos com fundamento em preconceitos e estereótipos baseados em características mencionadas no *caput* deste artigo;

II — discriminação implícita: estabelecimento, em entidades públicas ou privadas, de regras ou práticas aparentemente imparciais, mas que resultem em prejuízos e desvantagens para um número preponderante de integrantes de um grupo identificável por características mencionadas no *caput*, sem que haja, necessariamente, a intenção discriminatória contra membros desses grupos.

Art. 1º — B. A implementação de políticas voltadas para a inclusão de afro-brasileiros no mercado de trabalho será de responsabilidade dos governos federal, estaduais, distrital e municipais, observando-se, além do disposto nesta Lei:

I — os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1968;

II — os compromissos assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção nº 111, de 1958, da Organização Internacional do Trabalho, que trata da Discriminação no Emprego e na Profissão;

III — a Declaração e o Plano de Ação emanados da III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Intolerâncias Correlatas.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, afro-brasileiros são as pessoas que se classificam como tais ou como negros, pretos, pardos ou categorias análogas.

Art. 1º — C. Os governos federal, estaduais, distrital e municipais são autorizados a promover medidas que assegurem a igualdade de oportunidades

no mercado de trabalho para os afro-brasileiros, inclusive a contratação preferencial de afro-brasileiros, e a estimular a adoção de medidas correlatas por entidades privadas.

§ 1º A igualdade de oportunidades será promovida mediante a adoção de políticas e programas de formação e capacitação profissional, de emprego e de geração de renda, voltados para os afro-brasileiros.

§ 2º A contratação preferencial pela administração pública far-se-á por intermédio de regras já estabelecidas ou a ser estabelecidas.

§ 3º As medidas referidas neste artigo devem assegurar a proporcionalidade de gênero entre os seus beneficiários.

Art. 1º — D. O Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador fica autorizado a formular políticas, programas e projetos voltados para a inclusão de afro-brasileiros no mercado de trabalho e a destinar recursos próprios para seu financiamento, respeitada a proporcionalidade de gênero entre os beneficiários.

Art. 1º — E. As ações de geração de emprego e de renda e os programas de financiamento para a constituição e ampliação de pequenas e médias empresas contemplarão estímulos a empresários e trabalhadores afro-brasileiros.

Art. 1º — F. O preenchimento de cargos em comissão do grupo Direção e Assessoramento Superiores — DAS da Administração Pública observará a meta inicial de 20% (vinte por cento) de afro-brasileiros, que será ampliada gradativamente até que a ocupação desses cargos por afro-brasileiros seja equivalente à proporção dessas pessoas na população brasileira.

Art. 1º — G. A inclusão do quesito cor/raça, a ser preenchido de acordo com a autoclassificação, assim como do quesito gênero, será obrigatório em todos os registros administrativos relativos aos trabalhadores dos setores público e privado, tais como:

I — formulários de admissão e demissão do emprego; II — formulários de acidente de trabalho;

III — instrumentos administrativos do Sistema Nacional de Emprego;

IV — Relação Anual de Informações Sociais; V — formulários da Previdência Social.

Parágrafo único. Os empregadores não poderão pedir fotografia ou declaração de raça ou cor dos candidatos a emprego.”

Art. 2º Dentro de até cinco anos contados da publicação desta Lei, as empresas com mais de duzentos empregados deverão ter uma cota de trabalhadores afro-brasileiros equivalente a, no mínimo, 70% (setenta por cento) da proporção de afro-brasileiros na População Economicamente Ativa do respectivo Estado, ressalvados os requisitos educacionais e de qualificação

profissional indispensáveis ao desempenho dos cargos ou atividades exercidos na empresa.

Parágrafo único. Caso os requisitos educacionais e de qualificação mencionados no *caput* deste artigo sejam questionados, caberá à empresa provar que os mesmos são estritamente relacionados ao desempenho dos cargos ou atividades em questão, sob pena de serem considerados discriminatórios.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor trinta dias após sua publicação.

INTUIÇÃO E DECISÃO JURÍDICA: UMA ANÁLISE DA HEURÍSTICA DA REPRESENTATIVIDADE NA TOMADA DE DECISÃO JUDICIAL

HELENA ANTUNES TEICH

Resumo

O objetivo do presente trabalho é investigar a presença de fatores intuitivos no processo de tomada de decisão judicial. Especificamente, pretende-se investigar a influência da heurística da representatividade e a eventual ocorrência de erros de decisão. Para isso, foi realizada uma pesquisa empírica com base em estudos norte-americanos, reproduzindo um questionário contendo casos fictícios que estimulam a decisão com base na heurística da representatividade e aplicando-os a alunos e magistrados de forma que fosse possível traçar uma análise comparativa e que permitisse a investigação da hipótese de que a experiência ao longo da carreira no direito neutralizasse a influência de heurísticas e vieses.

Palavras-chave

Heurística da representatividade. Decisão judicial intuitiva. Pesquisa empírica. Erros de decisão.

Abstract

The purpose of this article is to investigate the presence of intuitive factors in the judicial decision-making process. Specifically, the objective is to investigate the influence of the representativeness heuristic and the possible occurrence of decision errors. For this, an empirical research was carried out based on North American studies, reproducing a questionnaire containing fictitious cases that stimulate the decision based on the heuristic of the representativeness and applying them to students and judges in such a way that it was possible to draw a comparative analysis and that would allow the investigation of the hypothesis that the experience during the law career neutralizes the influence of heuristics and biases.

Keywords

Representativeness heuristic. Intuitive judicial decision-making. Empirical research. Erroneous decisions.

1 Introdução

No âmbito do direito, existe um padrão de decisões esperado do Poder Judiciário; é desejável que este decida com base em referenciais normativos, como, por exemplo, regras e precedentes, de forma a garantir certa previsibilidade e segurança nas suas decisões¹.

Contudo, o Realismo Jurídico norte-americano entende que nem sempre o direito é capaz de controlar e proporcionar previsibilidade a certos casos. Esse movimento surgiu nos Estados Unidos no século XIX com as primeiras publicações de Oliver Wendell Holmes² e teve maior destaque nos anos 1930, com os estudos de Jerome Frank³, Joseph Hutcheson⁴, Karl Llewellyn⁵, entre outros.

A agenda dos autores realistas baseia-se, principalmente, nas premissas de que os juízes estariam suscetíveis a interferências externas ao direito em seu processo decisório, e de que seria necessário investigar empiricamente esse fenômeno, pois apenas esse tipo de pesquisa poderia revelar como os juízes de fato decidem⁶.

Nesse sentido, o que se pretende neste trabalho é estudar se fatores externos ao direito — como, por exemplo, heurísticas — podem influenciar as decisões judiciais e investigar empiricamente se os juízes podem ser influenciados pela heurística da representatividade no processo de tomada de decisão.

Parte-se da hipótese de que os juízes poderiam ser influenciados por essa heurística e, para testar essa suposição, serão replicados experimentos norte-americanos por meio de questionários a serem aplicados para juízes e estudantes.

Os principais teóricos que estudam, especificamente, a influência de heurísticas e vieses no processo decisório dos indivíduos são Herbert Simon⁷, Amos Tversky e Daniel Kahneman⁸, e seus estudos serão utilizados como base para o presente trabalho. Estes definem que heurística é uma espécie de “atalho de

1 LEAL, F. A. R.; RIBEIRO, L. M. O direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em Juizados Especiais do Rio de Janeiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 10, n. 35, p. 254-256, 2016.

2 HOLMES, Oliver Wendell. The path of the law. **Harv. L. Rev.**, v. 10, 1897.

3 FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. 1930.

4 HUTCHESON JR, Joseph C. Judgment intuitive the function of the hunch in judicial decision. **Cornell Law Review**, v. 14, 1929.

5 LLEWELLYN, Karl N. **The bramble bush: on our law and its study**. New York: Oceana Publications, 1930; LLEWELLYN, Karl N. Some realism about realism — responding to dean pound. **Harv. L. Rev.**, v. 44, 1931 e LLEWELLYN, Karl N. A realistic jurisprudence: the next step. **Colum. L. Rev.**, v. 30, 1930.

6 SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. Harvard University Press, 2009. p.132-133.

7 SIMON, H. A. Theories of decision-making in economics and behavioral science. **The American Economic Review**, v. 49, n. 3, p. 253-283, jun. 1959 e SIMON, H. A. Invariants of human behavior. **Annu. Rev. Psychol.**, v. 41, p. 1-19, 1990.

8 TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. **Science, New Series**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 27 set. 1974 e KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

decisão", ou seja, é um mecanismo cognitivo que diminui as alternativas a serem analisadas pelo indivíduo, pois seleciona as possibilidades de escolha, justamente para que seja possível decidir de forma mais rápida e com custos menores⁹.

Ressalta-se que a decisão com base em heurística não necessariamente é algo ruim, pois muitas vezes poder levar a uma escolha rápida a baixo custo. Porém, as heurísticas também podem levar a erros de decisão, a depender de cada tipo específico desse mecanismo cognitivo.

Tomando como exemplo a heurística da representatividade, que será estudada neste trabalho, esta consiste, em linhas gerais, na tomada de decisão com base no que é mais representativo para o indivíduo. Ou seja, quando alguém decide com base na heurística da representatividade, geralmente ignora uma informação estatística relevante e dá maior valor a algum estereótipo que possa ter dependendo do caso concreto. Por isso, a decisão com base em estereótipos e conhecimentos anteriores pode muitas vezes levar a erros de decisão, pois informações relevantes, como os dados estatísticos, podem ser ignoradas.

Com base nessas premissas, o problema principal a ser enfrentado é o de que os juízes poderiam ser influenciados pela heurística da representatividade no momento da tomada da decisão judicial. Além disso, a segunda questão a ser analisada é se, ao longo da carreira na área do direito, a experiência e um amplo conhecimento sobre o assunto poderiam atuar como limitadores da heurística da representatividade.

Parte-se, neste trabalho, da hipótese de que juízes podem ser influenciados pela heurística da representatividade no momento da tomada de suas decisões, assim como as pessoas comuns. Isso porque a decisão com base em heurísticas é algo intrínseco à estrutura cognitiva dos seres humanos, sendo muitas vezes eficiente, inclusive, quando se faz necessário tomar uma decisão em curto prazo e a baixo custo.

Para que seja possível responder aos problemas propostos e testar a hipótese mencionada, serão replicados experimentos já realizados nos Estados Unidos, que consistem em dois casos concretos, por meio de questionários.

Os casos serão mais bem detalhados ao longo do trabalho, mas, em linhas gerais, vale esclarecer que o primeiro deles foi desenvolvido por Daniel Kahneman¹⁰ e suscita a heurística da representatividade em um cenário de acidente de trânsito envolvendo uma empresa de táxi. Já o segundo foi elaborado por Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich¹¹ e consiste também em um caso envolvendo um acidente, mas abrange o cenário de um armazém de barris.

9 SIMON, 1990, p. 1-19.

10 KAHNEMAN, 2012, p. 211-215.

11 GUTHRIE, C.; RACHLINSKI, J.; WISTRICH, A. Blinking on the bench: how judges decide cases. **Cornell Law Faculty Publications**, v. 93, p. 22-23, 2007.

Esses casos serão submetidos, por meio de um questionário, para alunos da graduação em Direito, cursando entre o primeiro e o último semestre da faculdade e também para juízes, de forma que seja possível comparar as respostas obtidas e investigar, primeiro, se haveria indicativos de que os juízes podem ser influenciados pela heurística da representatividade e, segundo, se a experiência adquirida ao longo da carreira jurídica pode, em alguma medida, atuar como um limitador de vieses.

Dessa forma, o presente trabalho será estruturado em duas partes. A primeira delas tratará da base teórica que aborda a questão da influência de heurísticas no processo de tomada de decisão, e a segunda abordará os dados coletados, através dos questionários, bem como testará a hipótese do presente estudo.

No primeiro tópico do trabalho, serão estudadas as principais teses realistas que sustentam a necessidade de estudos empíricos para que seja possível entender melhor como funciona o processo de tomada de decisão jurisdicional, como os estudos de Brian Leiter¹², Oliver Wendell Holmes¹³ e Joseph Hutcheson¹⁴.

Em seguida, será feita uma análise dos estudos existentes sobre heurísticas e vieses, desde a sua origem, na área da economia, com as primeiras pesquisas de Herbert Simon¹⁵, até os artigos mais recentes que estudam a influência de fatores cognitivos na área do direito.

Por fim, na segunda parte do trabalho, inicialmente será exposta a metodologia de pesquisa adotada para testar a hipótese apresentada neste trabalho e, em seguida, serão analisados os dados obtidos de forma que seja possível traçar conclusões sobre os problemas suscitados.

2 O realismo jurídico

O Realismo Jurídico sustenta que as regras jurídicas nem sempre são capazes de controlar as decisões judiciais, pois entende que fatores externos ao direito podem ter grande influência no processo decisório¹⁶.

Tendo em mente que o objetivo do presente trabalho é investigar a influência de fatores intuitivos, externos ao direito, no processo de tomada de decisão judicial, é relevante analisar as principais teses do Realismo Jurídico que irão justificar a importância da pesquisa empírica para investigar como se dá o processo decisório.

A agenda dos autores desse movimento se baseia, principalmente, em dois pontos. O primeiro deles é o de que juízes estariam suscetíveis a interferências

12 LEITER, Brian. Legal realisms, old and new. *Valparaiso Law Review*, 5 fev. 2013.

13 HOLMES, op. cit.

14 HUTCHESON JR, op. cit.

15 SIMON, 1990, p. 1-19.

16 SCHAUER, Frederick. op. cit., p. 130-131.

externas em seu processo de tomada de decisão¹⁷. O segundo é o de que seria preciso investigar empiricamente esse fenômeno justamente para que sejam reveladas as verdadeiras regras do sistema jurídico¹⁸.

Jerome Frank foi um dos primeiros realistas a sustentar que os juízes, para decidir um caso concreto, não se baseavam tanto em precedentes, leis e princípios jurídicos, em suas análises iniciais, mas sim em outro conjunto de fatores que o direito oficialmente se recusaria a reconhecer¹⁹. Segundo ele, existiria uma grande influência da personalidade dos juízes e das circunstâncias de cada caso específico nas decisões judiciais.

Frederick Schauer, ao escrever sobre o Realismo Jurídico, menciona que Frank teria ficado conhecido por ter afirmado que as decisões judiciais poderiam depender até mesmo “daquilo que o juiz comeu no café da manhã”²⁰. Isso porque Frank sustentava que até mesmo o mau humor do juiz devido à ventilação indevida do tribunal em um dia quente, ou um café da manhã ruim, poderia ter um efeito nos resultados legais, entendendo que diversos fatores poderiam influenciar as decisões judiciais.

Além de Frank, outros realistas adotaram essa tese, mas de uma forma menos radical, e passaram a considerar fatores como as preferências políticas, religiosas, questões demográficas, prévia experiência profissional dos juízes, entre outros elementos, como determinantes para as decisões judiciais²¹.

Tendo como pressuposto que os juízes baseariam suas decisões em outras questões externas ao direito, Frank e Joseph Hutcheson passaram a sustentar que os juízes decidiriam primeiro para só depois consultar o direito. Ou seja, estes intuiriam, como uma espécie de palpite (*hunch*), qual seria a decisão correta para um caso específico, com base nesses fatores externos mencionados, como preferências políticas, religiosas, características das partes e até mesmo sua impressão geral do que seria mais “justo” nas circunstâncias específicas, para somente depois consultar o direito²².

Segundo Joseph Hutcheson, os juízes decidiriam com base no *hunch*, que seria uma espécie de “flash intuitivo” da decisão acertada em um caso concreto²³. Ele elucida que alguns juízes já afirmaram que esperavam “sentir”, ao longo do processo, qual seria a escolha correta:

17 Ibid., p. 129-130.

18 Ibid., p. 132-133.

19 FRANK, op. cit., apud SCHAUER, op. cit., p. 129.

20 SCHAUER, op. cit., p. 129-130.

21 MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. The new legal realism. **The University of Chicago Law Review**, v. 75, n. 2, p. 831-851, 2008, e SCHAUER, op. cit., p. 129.

22 SCHAUER, op. cit., p. 128.

23 HUTCHESON JR, op. cit., p. 278.

Quando novamente perguntei a um juiz americano, que é amplamente admirado tanto por sua habilidade como por sua imparcialidade, como ele e seus companheiros formaram suas conclusões, ele também riu e disse que seria apedrejado na rua se soubessem que, depois de ouvir com plena consciência todas as evidências, e se atentar com a maior cautela possível a todos os argumentos, **ele espera até “sentir” de um jeito ou de outro.** [...] “Quando a conclusão está lá”, diz William James, “já nos esquecemos da maioria dos passos que precederam sua realização”.²⁴ (HUTCHESON, 1929, p. 282, tradução nossa, grifo do autor)

Os realistas criticam a tomada de decisão com base no *hunch* dizendo que este seria quase que o papel do advogado que começa com a posição do seu cliente, para, somente depois, procurar o embasamento jurídico necessário para fundamentar a sua posição²⁵.

Oliver Holmes, um dos precursores do Realismo Jurídico, também não concordava com esse modelo de tomada de decisão²⁶. Ele defendia que seria desejável que o direito positivo fosse o principal fator a determinar os resultados jurídicos, não as convicções pessoais dos juízes, de forma que as decisões pudessem ser mais previsíveis de acordo com cada circunstância fática do caso a caso²⁷.

Além disso, outra proposição relevante dos realistas é que a fundamentação jurídica adotada pelos juízes nem sempre justificaria os reais motivos das suas decisões²⁸, ou seja, nem sempre as normas e os princípios utilizados para fundamentar uma decisão judicial refletiriam o real motivo pelo qual um juiz tomou determinada decisão. Isso justamente porque, conforme mencionado, os juízes decidiriam com base em suas próprias convicções e seus instintos, mas sem dizer isso necessariamente nas fundamentações judiciais, uma vez que justificam com base em regras jurídicas²⁹.

Assim, os realistas entendem que as regras que baseiam as decisões judiciais não revelariam o real motivo da tomada da decisão, sendo necessário bus-

24 (HUTCHESON, JR, op. cit., p. 282): “When again I asked an American judge, who is widely admired both for his skill and for his impartiality, how he and his fellows formed their conclusions, he also laughed, and said that he would be stoned in the street if it were known that, after listening with full consciousness to all the evidence, and following as carefully as he could all the arguments, he waited until he “felt” one way or the other. He had elided the preparation and the brooding, or at least had come to think of them as processes of faint kinship with the state of mind that followed.’ ‘When the conclusion is there’, says William James, ‘we have already forgotten most of the steps preceding its attainment.’”

25 HUTCHESON JR, op. cit., p. 127-128.

26 HOLMES, op. cit., p. 475.

27 SCHAUER, op. cit., p. 125-126.

28 LEITER, op. cit., p. 6-7.

29 Ibid., p. 6-7.

car outras formas de investigar o processo decisório, além das sentenças proferidas pelos juízes. Dessa forma, Karl Llewellyn, assim como outros realistas, recomendou que pesquisas empíricas fossem realizadas, pois seriam capazes de revelar as “verdadeiras regras do sistema jurídico”³⁰, enquanto as sentenças disfarçariam, de certa forma, os reais motivos pelos quais os juízes teriam tomado determinada decisão.

Nesse sentido, o presente trabalho surge justamente com o objetivo de testar empiricamente a influência da heurística da representatividade no processo de tomada de decisão judicial. Parte-se do mesmo pressuposto das teorias do Realismo Jurídico, de que apenas uma pesquisa empírica poderia apresentar maiores indicativos da influência de fatores intuitivos no processo decisório, pois uma análise de jurisprudência não seria capaz de indicar com muita clareza a influência de fatores externos ao direito ao longo da decisão, justamente porque os juízes fundamentariam suas decisões com base em referenciais normativos.

3 Estudos e teorias sobre o processo de tomada de decisão judicial e a influência de heurísticas e vieses

3.1 No que consiste heurísticas e vieses: as teorias de Herbert Simon, Amos Tversky e Daniel Kahneman

Um dos primeiros estudos referentes ao tema das heurísticas foi o promovido por Herbert Simon, na década de 1940, mas relacionado à área da economia. A teoria clássica econômica, ao analisar o processo de tomada de decisão do “homem econômico”, costumava considerar apenas alternativas fixas e conhecidas pelas pessoas, nas quais as consequências já eram previstas³¹.

A teoria tradicional entendia que o “homem econômico” buscava sempre maximizar suas preferências e considerava que o comportamento humano era perfeitamente racional³². Contudo, Simon passou a criticar essa teoria justamente porque promovia fortes previsões sobre o comportamento humano sem de fato observar como as pessoas decidiam³³.

Assim, o economista defendia que seria imprescindível uma análise empírica de como as pessoas realmente enfrentariam os problemas e tomariam suas decisões para que fosse possível entender o comportamento humano.

Nesse sentido, Simon, divergindo da teoria tradicional, passou a considerar em seus estudos a influência da cognição no processo de tomada de de-

30 LLEWELLYN, op. cit., p 132-133.

31 SIMON, 1959, p. 272.

32 LEAL, F. A. R.; RIBEIRO, L. M. Heurística de ancoragem e fixação de danos morais em julgados especiais cíveis no rio de janeiro: uma nova análise. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 781, 2018.

33 SIMON, 1959, p. 254, apud LEAL, 2018, p. 780.

cisão. Com isso, desenvolveu o conceito da “racionalidade limitada”, que foi uma grande ruptura com os estudos tradicionais sobre a teoria da decisão no âmbito econômico.

De acordo com a concepção de “racionalidade limitada” de Simon, os tomadores de decisão não necessariamente seriam seres maximizadores de suas preferências, conforme defendiam os economistas anteriores, nem possuiriam a capacidade computacional de processamento ou o acesso a todas as informações necessárias para agir dessa forma³⁴.

Ele demonstrou que diversos comportamentos não poderiam ser explicados pela teoria tradicional da economia mencionada, justamente porque as pessoas não levam em consideração todas as informações disponíveis necessariamente no momento da tomada de decisão.

Nesse sentido, Simon fez uso de resultados empíricos e partiu para uma teoria mais descritiva, analisando a fundo as características dos sujeitos no processo decisório para demonstrar que os fundamentos tradicionais da economia, que eram teorias normativas, não seriam capazes de justificar os comportamentos observados, pois seria indispensável incorporar elementos da cognição humana nas pesquisas³⁵.

As observações de Simon o levaram a concluir, dentre outras questões, que o ser humano usa atalhos para tomar decisões de forma mais rápida em um contexto de complexidades. Tais atalhos foram nomeados por ele de heurísticas³⁶, que é exatamente o que se pretende estudar neste trabalho. Assim, as heurísticas atuam selecionando as alternativas disponíveis para um indivíduo decidir, reduzindo as opções a serem analisadas e proporcionando uma escolha mais rápida com custos menores ao longo do processo decisório.

Depois de Simon, as pesquisas relacionadas às heurísticas ganharam ainda mais força com os estudos de Amos Tversky e Daniel Kahneman. Em 1974, estes publicaram um artigo³⁷ que tratava de três heurísticas, que são comumente utilizadas em cenários de incerteza para acessar probabilidades e prever determinados valores³⁸, sendo elas as heurísticas da representatividade, disponibilidade e ancoragem.

Sobre cada uma dessas heurísticas, resumidamente, Kahneman e Tversky descrevem que a heurística da representatividade, que será mais aprofundada

34 SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 69, n. 1, p. 99, fev. 1955, apud LEAL, 2018, p. 781.

35 SIMON, 1959, p. 272, apud SBICCA, Adriana. Heurísticas no estudo das decisões econômicas: contribuições de Herbert Simon, Daniel Kahneman e Amos Tversky. *Estud. Econ.*, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 582-583, jul./set. 2014.

36 SIMON, 1990, p. 1-19, apud SBICCA, op. cit., p. 585.

37 TVERSKY, op. cit., p. 1124-1131.

38 Ibid., p. 1124.

no item 3.3 deste tópico, é geralmente utilizada quando as pessoas são solicitadas a julgar as probabilidades de um objeto ou evento específico ocorrer. Normalmente, quando as pessoas decidem com base nessa heurística, costumam ignorar alguma informação estatística concreta ou então uma real probabilidade, em detrimento do que é mais representativo para elas, podendo ser um estereótipo, por exemplo.

Já a heurística da disponibilidade pode ocorrer quando sujeitos são influenciados a acessar a frequência de uma classe ou a plausibilidade de um desenvolvimento específico de acordo com a frequência que tais fatos já ocorreram. Por exemplo, uma pessoa pode associar o risco de alguém de meia idade ter um infarto com a quantidade de vezes que algum de seus conhecidos já sofreu um infarto³⁹.

Quanto à heurística da ancoragem, Kahneman e Tversky indicam que ela costuma ser utilizada em casos de previsões numéricas quando um valor específico está disponível. Ou seja, segundo eles, as pessoas costumam fazer estimativas com base em um valor inicial dado, apenas ajustando tal valor ao final⁴⁰.

Assim, nesse estudo, Kahneman e Tversky admitem que as heurísticas podem ser eficientes em determinadas situações, uma vez que reduzem a complexidade de avaliar probabilidade e prever valores a operações mais simples de escolha⁴¹. Porém, entendem que, muitas vezes, elas acabam levando a erros sistemáticos e previsíveis, que são causados por vieses que variam de acordo com cada tipo específico de heurística.

Tomando como exemplo a heurística da representatividade, que será aprofundada no item 3.3, Kahneman afirma que uma das vantagens dessa heurística é que suas impressões intuitivas são frequentemente mais precisas do que conjecturas fortuitas seriam, pois admite-se que há alguma verdade nos estereótipos que dominam os julgamentos de representatividade, e as previsões dessa heurística podem ser precisas⁴².

Entretanto, os estereótipos também podem ser falsos e a heurística da representatividade induzirá o indivíduo a erro nessas situações, principalmente se negligenciarem uma informação estatística ou mais adequada que aponta em outra direção. Dessa forma, Kahneman esclarece que, mesmo quando essa heurística tem alguma validade, a confiança excessiva nela pode levar a grandes erros de decisão⁴³.

39 Ibid., p. 1127.

40 TVERSKY, op. cit., p. 1128.

41 Ibid., p. 1124.

42 KAHNEMAN, 2012, p. 192-193.

43 Ibid., p. 192-193.

Além disso, outro ponto relevante articulado pelos autores é que não somente os leigos são afetados pelos vieses decorrentes das heurísticas, mas também pessoas que têm o conhecimento necessário para tomar a decisão, quando estão suscetíveis ao pensamento intuitivo.

De acordo com Kahneman e Tversky, até mesmo pesquisadores experientes e indivíduos que receberam extenso treinamento em estatística poderiam ser influenciados pelas heurísticas e cometerem erros de decisão quando pensam de forma intuitiva⁴⁴.

Nesse sentido, os autores mencionados buscaram encontrar elementos, através de estudos empíricos, que ajudassem a compreender melhor as decisões humanas⁴⁵ e o que se pretende, ao longo deste trabalho é justamente buscar identificar alguns desses mesmos elementos, porém, no âmbito do direito.

3.2 Pesquisas sobre o processo de tomada de decisão judicial e a inspiração para o presente trabalho

Algumas pesquisas já foram elaboradas sobre o processo de tomada de decisão no âmbito do judiciário, principalmente nos Estados Unidos, e serviram como fonte de inspiração para o presente trabalho. No Brasil, alguns autores já trataram sobre o assunto, e as principais referências para este estudo são um artigo produzido por Noel Struchiner e Úrsula S. C. C. Vasconcellos e uma pesquisa, com base em análise empírica, elaborada por Fernando Leal e Leandro Molhano.

Noel Struchiner e Úrsula Vasconcellos desenvolveram um artigo relacionado a direito e felicidade, sob uma perspectiva da teoria comportamental⁴⁶. Os autores articulam ideias teóricas sobre a influência de estruturas cognitivas no processo de tomada de decisão e fazem uma importante colocação, indicando que, quando o judiciário opta por decidir com base em um conceito amplo e flexível como o “direito à felicidade”, ou seja, em um claro cenário de incerteza, é bem possível que este fique suscetível a erros de decisão por conta da influência de certos vieses⁴⁷.

O objetivo do artigo foi fornecer subsídios para pensar sobre como o “modo manual da felicidade”, definida pelos autores como a forma de decisão com base nos “princípios moralmente carregados e escritos em uma linguagem vaga, que garantem flexibilidade para o tomador de decisão jurídica”⁴⁸, poderia

44 TVERSKY, op. cit., p. 1129-1130.

45 SBICCA, op. cit., p. 589.

46 STRUCHINER Noel; VASCONCELLOS Úrsula S. C. C. Direito e felicidade: algumas implicações da teoria comportamental. In: FORTES, Pedro; CAMPO, Ricardo; BARBOSA, Samuel (Coord.). **Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016.

47 Ibid., p. 265.

48 Ibid., p. 260.

vir a funcionar no direito recorrendo aos estudos e às pesquisas comportamentais sobre a tomada de decisão⁴⁹.

Os autores optaram por estudar apenas algumas heurísticas e vieses que são utilizadas no âmbito das decisões e se amparam na ideia de busca da felicidade, sem adentrar em uma pesquisa empírica sobre o assunto, mas serviu para ilustrar como pode existir, sim, alguma influência de fatores intuitivos no processo de tomada de decisão em cenários de incerteza.

O artigo mencionado se diferencia, em alguns aspectos, do objetivo do presente trabalho, pois não se propõe a efetuar uma análise empírica. Porém, ele não perde a sua relevância no que diz respeito ao tema da influência das heurísticas no processo decisório judicial.

Já a pesquisa a respeito da heurística da ancoragem e a fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral desenvolvida por Fernando Leal e Leandro Molhano Ribeiro⁵⁰ avança em relação ao artigo de Struchiner e Vasconcellos, pois propõe a análise efetiva de dados empíricos. O principal objetivo desse estudo era identificar se poderia existir alguma propensão dos juízes dos casos analisados serem influenciados pelos efeitos da heurística da ancoragem.

De forma resumida, os autores descrevem que analisaram 1.102 decisões dos I e II Juizados Especiais Cíveis do Foro Regional da Barra da Tijuca no Rio de Janeiro, entre os anos de 2004 e 2015, e procuraram uma correlação entre os valores das causas envolvendo danos morais e os valores da condenação.

Apesar do resultado da pesquisa ter demonstrado uma correlação baixa entre esses valores, os autores demonstraram que foi possível perceber algumas correlações. Assim, o estudo sugeriu que poderia existir a influência de fatores intuitivos na quantificação dos danos morais⁵¹.

Já nos Estados Unidos, que é o berço das primeiras pesquisas empíricas relacionadas à influência de estruturas cognitivas no processo de tomada de decisão, a principal pesquisa utilizada como base para a elaboração deste trabalho foi a desenvolvida por Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich⁵². Estes publicaram um artigo acadêmico a respeito de um estudo realizado nos Estados Unidos com juízes, no qual foi investigado se estes decidiriam apenas com base em leis e fatos do caso concreto ou se também estariam suscetíveis a sentimentos e instintos.

Os autores propuseram um modelo de decisão judicial que nomearam de *intuitive-override model*, em que sustentavam espécie de junção das teses sustentadas pelos realistas e pelos formalistas. A hipótese defendida era a de que

49 Ibid., p. 261.

50 LEAL, 2018.

51 Ibid., p. 279.

52 GUTHRIE, op. cit.

os juízes realmente decidiriam de forma intuitiva, mas, às vezes, a deliberação poderia superar a intuição. Assim, eles reconhecem a importância da intuição no processo de tomada de decisão e também afirmam que a mesma é inevitável, uma vez que é uma parte essencial de como o cérebro humano funciona, porém, ao mesmo tempo, entendem que a deliberação jurisdicional poderia superar essa questão.

Para testar essa hipótese, os autores realizaram uma série de pesquisas em laboratório, ou seja, em situações controladas, com base em questionários contendo casos concretos induzindo determinados vieses. Estes foram aplicados para juízes, pessoas comuns e alunos de universidades, com o objetivo de identificar se os juízes estariam suscetíveis a algum tipo de heurística ou viés. Os autores analisaram, especificamente, a heurística da ancoragem (*anchoring*), representatividade (*representativeness*) e a heurística de previsão retrospectiva (*hindsight*).

O caso fictício aplicado no experimento americano com o objetivo de investigar, especificamente, a influência da heurística da representatividade será replicado no presente trabalho, através de questionários a serem submetidos para estudantes de direito e juízes.

Trata-se de um famoso caso inglês, *Byrne v. Bodle*, em que ocorre um acidente em um armazém, quando uma pessoa acaba sendo atingida por um dos barris do local. O caso foi elaborado de forma que o participante fosse influenciado pela heurística da representatividade em sua tomada de decisão, porque gerava o estereótipo de que um funcionário do armazém teria sido responsável pelo acidente, conforme pode-se constatar da transcrição do caso:

Uma pessoa estava passando perto de um armazém quando foi atingida por um barril. Tal evento resultou em graves danos à pessoa. O barril, no momento em que atingiu a pessoa, estava na fase final do procedimento, sendo içado do chão e depositado dentro do armazém. Os trabalhadores do armazém não têm certeza de como o barril se soltou e caiu, mas eles concordam que ou o barril foi amarrado de forma negligente ou a corda cedeu.

Funcionários do governo conduziram uma investigação no armazém e determinaram que nesse armazém, especificamente:

(1) Quando os barris são amarrados de forma negligente, há uma chance de 90% de a corda romper e do mesmo se soltar e cair.

(2) Quando os barris são armazenados de forma segura, eles se soltam e caem apenas 1% das vezes.

(3) Os trabalhadores amarram os barris de forma negligente apenas 1 vez em 1.000 vezes.

Levando em consideração esses fatos, qual é a probabilidade de que o barril que atingiu essa pessoa tenha se soltado devido à negligência de um dos trabalhadores do armazém? A) 0-25%; B) 26-50%; C) 51-75% ou D) 76-100%?⁵³ (GUTHRIE; RACHLINSKI; WISTRICH, 2007, p. 22-23, tradução nossa)

Os autores norte-americanos ressaltaram que, normalmente, quando as pessoas se deparam com esse problema, respondem que a probabilidade seria de aproximadamente 90% de chance de o acidente ter ocorrido por negligência de um dos trabalhadores, pois decidem de forma mais intuitiva, prestando atenção apenas no dado referente à probabilidade de o barril se soltar se ele for amarrado de forma negligente.

Contudo, uma análise mais aprofundada do problema revelaria que, na verdade, a probabilidade é de apenas 8,3% de chance de o acidente ter sido causado por negligência. Isso porque, segundo os dados do problema, há negligência em apenas 0,1% das vezes e há 90% de chance de ocorrer algum dano sob essas circunstâncias de negligência, portanto, o que se deve fazer é multiplicar esses valores, o que resultará em 0,09% e, em seguida, dividir esse valor pela soma entre essa probabilidade e a probabilidade de o acidente ter ocorrido sem a negligência dos trabalhadores. Assim, a probabilidade será de 99,9% de chance de ocorrer o acidente sem negligência, que deve ser multiplicado por 1% e este resultado será 0,999%. Dessa forma, tem-se que a probabilidade de o acidente ter sido causado por negligência dos trabalhadores será de 0,09% dividido por 1,089%, que resultará em aproximadamente 8,3% de chance.

O resultado da pesquisa nos Estados Unidos demonstrou que apenas 40% dos juízes que responderam à pesquisa marcaram a resposta correta, escolhendo a taxa mais baixa (entre 0-25%) e aproximadamente 40% dos juízes também responderam de forma intuitiva, marcando a resposta que continha a taxa mais alta (entre 76-100%), ou seja, foram influenciados pela heurística. Contudo, eles destacam que, comparativamente, os juízes tiveram bons resul-

53 GUTHRIE; op. cit., p. 22-23: "The plaintiff was passing by a warehouse owned by the defendant when he was struck by a barrel, resulting in severe injuries. At the time, the barrel was in the final stages of being hoisted from the ground and loaded into the warehouse. The defendant's employees are not sure how the barrel broke loose and fell, but they agree that either the barrel was negligently secured or the rope was faulty. Government safety inspectors conducted an investigation of the warehouse and determined that in this warehouse: (1) when barrels are negligently secured, there is a 90% chance that they will break loose; (2) when barrels are safely secured, they break loose only 1% of the time; (3) workers negligently secure barrels only 1 in 1,000 times. Given these facts, how likely is it that the barrel that hit the plaintiff fell due to the negligence of one of the workers? A) 0-25%; B) 26-50%; C) 51-75% or D) 76-100%".

tados, pois profissionais de outras áreas, quando deparados com problemas de decisão semelhantes, tiveram um desempenho inferior.

Dessa forma, no que diz respeito à influência da heurística da representatividade, especificamente, os pesquisadores concluíram que os juízes tiveram uma boa performance, pois, apesar de parte deles ter sido influenciada por fatores intuitivos, uma parte muito significativa decidiu sem cometer os erros de decisão.

Destaca-se que se espera um resultado diferente nesse estudo do que foi obtido na pesquisa aplicada nos Estados Unidos. Isso porque o estudo norte-americano se diferencia em alguns aspectos da investigação deste trabalho.

Primeiramente, a investigação anterior se deu em laboratório, com situações controladas, enquanto a presente pesquisa não contou com o mesmo ambiente, pois os questionários foram submetidos para os voluntários responderem livremente.

Além disso, o espaço amostral deste trabalho contou apenas com juízes de primeiro grau, não contendo magistrados de tribunais superiores. A amostra da pesquisa americana foi mais diversificada e, muitas vezes, esse fator pode influenciar, pois algumas pesquisas já obtiveram o resultado de que magistrados de tribunais superiores foram menos influenciados por heurísticas e vieses do que de tribunais inferiores⁵⁴.

Por fim, resta mencionar os estudos que Daniel Kahneman desenvolveu. Este se aprofundou no campo da pesquisa relativa à decisão comportamental e, atualmente, é uma das principais referências no que diz respeito ao assunto. Desse modo, foram diversas as pesquisas elaboradas pelo autor, mas vale destacar no presente trabalho suas considerações acerca da heurística da representatividade.

Kahneman menciona um caso fictício que trata de um problema clássico de inferência bayesiana⁵⁵, que também será replicado nos questionários elaborados para o presente trabalho. De acordo com o autor, a Regra de

54 Schauer menciona as respectivas pesquisas em seu trabalho: Sara C. Benesh, *The U.S. Courts of Appeals and the Law of Confessions* (2002); David E. Klein, *Making Law in the United States Courts of Appeals* (2002); Paul Brace & Melinda Gann Hall, *Studying Courts Comparatively: The View from the American States*, 48 *Pol. Res. Q.* 5 (1993); Frank B. Cross, *Decisionmaking in the U.S. Circuit Courts of Appeals*, 91 *Calif. L. Rev.* 1457 (2003); Tracey E. George, *Developing a Positive Theory of Decisionmaking on U.S. Courts of Appeals*, 58 *Ohio St. L.J.* 1635 (1998); Richard L. Revesz, *Congressional Influence on Judicial Behavior?: An Empirical examination of Challenges to Agency Action in the D.C. Circuit*, 76 *N.Y.U.L. Rev.* 1100 (2001); Richard L. Revesz, *Ideology, Collegiality, and the D.C. Circuit: A Reply to Chief Judge Harry Edwards*, 85 *Va. L. Rev.* 805 (1999); Richard L. Revesz, *Environmental Regulation, Ideology, and the D.C. Circuit*, 83 *Va. L. Rev.* 1717 (1997); Donald R. Songer & Sue Davis, *The Impact of Party and Region on Voting Decisions in the United States Courts of Appeals*, 43 *W. Pol. Q.* 317 (1990). (SCHAUER, op. cit., p. 140-141)

55 KAHNEMAN, 2012, p. 211-215.

Bayes especifica que crenças prévias deveriam ser combinadas com a diagnosticidade da evidência e o grau no qual ela favorece a hipótese sobre a alternativa⁵⁶.

Nesse sentido, o caso mencionado por Kahneman oferece duas informações diferentes, que, de acordo com a Regra de Bayes, deveriam ser combinadas para que se chegasse a uma decisão correta ao final.

Assim, esse caso trata de um acidente de trânsito que também foi elaborado de forma que a heurística da representatividade fosse suscitada, conforme é possível observar em sua transcrição a seguir:

Um táxi envolveu-se numa colisão e fugiu do local do acidente à noite. Duas companhias de táxi, a Verde e a Azul, operam na cidade. Você recebe os seguintes dados:

- (1) 85% dos táxis na cidade são Verdes e 15% são Azuis.
- (2) Uma testemunha identificou o táxi como Azul.

O tribunal testou a confiabilidade da testemunha sob as circunstâncias existentes na noite do acidente e concluiu que a testemunha identificou corretamente cada uma das duas cores em 80% do tempo e falhou em 20% do tempo.

Qual é a probabilidade de que o táxi envolvido no acidente tenha sido o Azul e não o Verde?⁵⁷ (KAHNEMAN, 2012, p. 211)

Em seguida, após o voluntário responder a essa primeira pergunta, Kahneman oferece uma segunda indagação, suscitando o estereótipo de que os táxis verdes seriam irresponsáveis, com o objetivo de testar a variação nas respostas, por conta da influência da heurística da representatividade:

Considerando os mesmos fatos da pergunta anterior, porém com os seguintes dados:

- (1) As duas empresas operam o mesmo número de táxis, mas táxis Verdes estão envolvidos em 85% dos acidentes.
- (2) A informação sobre a testemunha é a mesma que a anterior.

Qual é a probabilidade de que o táxi envolvido no acidente tenha sido o Azul e não o Verde?⁵⁸ (KAHNEMAN, 2012, p. 215)

56 Ibid., p. 196.

57 KAHNEMAN, 2012, p. 211.

58 Ibid., p. 212.

Kahneman explica que, normalmente, quando as pessoas são deparadas com esse tipo de problema, costumam ignorar a “taxa-base”, ou seja, a informação estatística de que apenas 15% dos táxis são azuis, e focar na informação dada pela testemunha, respondendo na primeira pergunta que a probabilidade é de 80%⁵⁹.

Na segunda pergunta, Kahneman esclarece que, geralmente, se dá o oposto, as pessoas costumam atribuir peso maior à “taxa-base”, ou seja, o fato de os táxis verdes estarem envolvidos em 85% dos acidentes acaba sendo mais considerado⁶⁰. Isso porque, apesar de as duas versões dos problemas serem matematicamente idênticas, são psicologicamente bem diferentes, isto é, o fato de os táxis verdes estarem envolvidos em 85% dos acidentes acaba tendo impacto muito maior do que na questão anterior, sendo este um problema clássico em que a heurística da representatividade acaba influenciando a resposta dos participantes⁶¹.

Cabe destacar que, para alcançar a resposta correta para o problema, seria necessário utilizar as duas informações dadas, a “taxa-base” de 15% e o testemunho imperfeitamente confiável, que atribui uma probabilidade de 80%. Nesse sentido, utilizando as duas informações, seria possível chegar à conclusão de que as chances de as duas cores de táxis estarem envolvidas no acidente são praticamente iguais (efetuando cálculos, a probabilidade de que o táxi envolvido no acidente tenha sido o azul seria 41% em ambos os casos)⁶².

Nesse sentido, ambos os casos mencionados, o desenvolvido por Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich e o desenvolvido por Daniel Kahneman, serão replicados no presente estudo e será analisado se haveria indícios de que os juízes podem ser influenciados pela heurística da representatividade no seu processo de tomada de decisão.

59 Ibid., p. 211-215.

60 Ibid., p. 211-215.

61 Cabe ressaltar que Kahneman não oferece os dados precisos obtidos desse experimento, diferentemente de Guthrie, Rachlinski e Wistrich que apontam os percentuais encontrados da aplicação do caso dos barris. Assim, Kahneman apenas descreve como a maioria das pessoas se comportou.

62 (KAHNEMAN, 2012, p. 570): “Aplicando a regra de Bayes na forma de possibilidades, elas, a priori, são as possibilidades para o táxi Azul a partir da taxa-base, e a razão provável é a razão da probabilidade de a testemunha dizer que o táxi é Azul se ele for Azul, dividida pela probabilidade de a testemunha dizer que o táxi é Azul se ele for Verde: possibilidades a posteriori = $(0,15/0,85) \times (0,80/0,20) = 0,706$. As possibilidades são a razão da probabilidade de que o táxi seja Azul, dividida pela probabilidade de que o táxi seja Verde. Para obter a probabilidade de que o táxi seja Azul, calculamos: Probabilidade (Azul) = $0,706/1,706 = 0,41$. A probabilidade de que o táxi seja Azul é de 41%”.

3.3 A heurística da representatividade e a colocação do problema

Kahneman e Tversky determinam que a heurística da representatividade ocorre quando uma pessoa avalia a probabilidade de um certo evento ou de uma amostra de acordo com (1) a similaridade com as características essenciais da população que ela tem acesso e (2) o reflexo das suas principais características de acordo com o processo que é gerado. Dessa forma, um certo evento “A” seria julgado mais provável do que algum outro evento “B” de acordo com o quão representativo ele é para a pessoa do que o outro evento “B”⁶³.

Portanto, quando uma pessoa decide com base na heurística da representatividade, ela subestima alguma informação estatística relevante e dá maior importância a algum estereótipo, o que pode levar a erros de decisão. Nesses casos, o fenômeno conhecido como a negligência da “taxa-base” pode ser verificado, sendo esta taxa base a informação mais acessível que um indivíduo teria em uma determinada situação⁶⁴. Assim, é comum a tomada de decisão com base em informações intuitivas e estereótipos em vez de informações estatísticas mais precisas.

Como ilustração, tem-se o “caso Tom W”, mencionado por Daniel Kahneman⁶⁵, que contextualiza um cenário em que pode ocorrer a heurística da representatividade. Nesse caso, é informado aos participantes do estudo que um psicólogo do colégio de Tom W escreveu um perfil deste aluno com base em testes psicológicos de qualidade duvidosa determinando o seguinte:

Tom W é dotado de grande inteligência, embora careça de criatividade genuína. Tem necessidade de ordem e clareza e de sistemas claros e ordenados em que cada detalhe encontre seu lugar apropriado. Seu texto está mais para maçante e mecânico, animado ocasionalmente por alguns trocadilhos batidos e lampejos de imaginação do tipo ficção científica. Exibe forte compulsão por competência. Parece apresentar pouca compreensão e pouca simpatia pelas outras pessoas, e não aprecia a interação com os outros. Autocentrado, exibe, no entanto, um profundo senso moral⁶⁶. (KAHNEMAN, 2012, p. 186-192)

Em seguida, era solicitado ao participante que classificasse as possíveis nove áreas de especialização que Tom W poderia seguir de acordo com a semelhança da descrição feita pelo psicólogo, sendo elas: (1) administração, (2)

63 TVERSKY, op. cit., , p. 431.

64 GUTHRIE; op. cit., p. 22.

65 KAHNEMAN, 2012.

66 KAHNEMAN, 2012, p. 186-192.

ciência da computação, (3) engenharia, (4) humanidades e educação, (5) direito, (6) medicina, (7) biblioteconomia, (8) ciências físicas e biológicas e (9) ciência social e assistência social.

Kahneman explica que a maioria das pessoas classificou Tom W associando aos estereótipos conhecidos de cada um dos alunos das respectivas especializações, indicando ciência da computação, engenharia e administração como os perfis com maior grau de semelhança, e humanidades, educação, ciência social e assistência social como menor grau de semelhança.

Dessa forma, as pessoas acabaram decidindo por representatividade, ou seja, com base nos estereótipos suscitados, em vez de decidir embasado na informação de probabilidade. Isso porque, se tivessem decidido com fundamentação na probabilidade, teriam escolhido as áreas que as pessoas mais costumam optar por estudar, ou seja, as áreas de especialização mais escolhidas pelos alunos, independentemente de suas características.

Tendo em vista as pesquisas mencionadas, que analisam a influência das heurísticas e dos vieses nos processos de tomada de decisão, o objetivo do presente trabalho é justamente testar se existiria algum indício de que os juízes poderiam decidir, em alguma medida, com base em heurísticas e cometer erros de decisão.

Para isso, o problema que se parte neste trabalho pode ser colocado da seguinte forma: é possível encontrar algum indício da influência da heurística da representatividade nas decisões tomadas por juízes, de acordo com casos fictícios aplicados empiricamente?

A hipótese que se partiu foi a de que os juízes, assim como as pessoas comuns, estariam suscetíveis a serem influenciados pela heurística da representatividade, o que poderia levar a erros de decisão.

Isso porque parte-se do pressuposto, sustentado por Herbert Simon⁶⁷, Amos Tversky e Daniel Kahneman⁶⁸, de que a tomada de decisão com base em heurísticas, ou seja, atalhos de decisão, é algo intrínseco às estruturas cognitivas dos seres humanos, sendo muitas vezes eficiente, inclusive, quando se faz necessário tomar uma decisão em curto prazo e a baixo custo. Assim, os juízes não estariam imunes a esse tipo de influência.

Além disso, será investigado se a experiência adquirida ao longo da carreira e um amplo conhecimento sobre o assunto poderiam atuar como limitadores dos vieses, que podem ser ocasionados pela heurística da representatividade.

A hipótese que se parte sobre esse questionamento é que a experiência não necessariamente neutralizaria a influência de heurísticas ao longo do processo de tomada de decisão. Isso porque parte-se da premissa dos realistas

67 SIMON, 1959, p. 272, apud SBICCA, op. cit., p. 582-583.

68 TVERSKY, op. cit., p. 1124.

americanos de que existem fatores externos ao direito que podem influenciar o processo de tomada de decisão judicial. Dessa forma, um amplo conhecimento acerca do direito não necessariamente implicaria na limitação da influência de fatores externos.

Nesse sentido, para investigar os questionamentos propostos, foi elaborado um questionário contendo os dois casos fictícios mencionados no item anterior. O primeiro foi o elaborado por Daniel Kahneman, referente ao acidente envolvendo os táxis azuis e verdes⁶⁹ e o segundo foi o desenvolvido por Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich, relativo ao desastre dos barris⁷⁰. Tais casos foram escolhidos porque provocam a tomada da decisão fundamentada na heurística da representatividade e proporcionam a possibilidade de investigação da influência da heurística no processo decisório dos voluntários participantes.

Desse modo, tendo em vista que, conforme exposto no item 2 deste trabalho, o Realismo Jurídico propõe que existem fatores externos ao direito que podem influenciar o processo decisório e que apenas pesquisas empíricas poderiam investigar a ocorrência desse fenômeno, assim a presente pesquisa foi elaborada justamente para investigar empiricamente se fatores externos ao direito, como a heurística da representatividade — que foi estudada pelos autores mencionados nesse item —, poderiam influenciar as decisões judiciais.

4 Metodologia de pesquisa adotada e espaço amostral

A coleta de dados para o presente trabalho foi realizada através da aplicação de questionários elaborados mediante plataforma do Google Forms, por meio de redes sociais, *e-mails* e grupos de turmas, para juízes e alunos, desde o primeiro semestre até o último da graduação em Direito das faculdades FGV Direito Rio, PUC-Rio e UERJ. Desse modo, primeiro será explanado como o questionário se deu, isto é, como ele foi estruturado, e, em seguida, como ele foi aplicado.

O questionário foi dividido em duas partes, conforme consta no Apêndice A. A primeira parte contou com perguntas sobre dados pessoais, como gênero, residência, idade, escolaridade e se a pessoa seria juiz ou estudante. A segunda contou com os casos fictícios mencionados no item 3.2 do presente trabalho, sendo o primeiro o desenvolvido por Daniel Kahneman, que diz respeito ao acidente de trânsito envolvendo os táxis verdes ou azuis, e será nomeado de “Caso 1”. Já o segundo caso foi o aplicado por Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich, relativo ao desastre dos barris, que será nomeado de “Caso 2”.

69 KAHNEMAN, 2012, p. 211-215.

70 GUTHRIE, op. cit., p. 22-23.

Conforme já mencionado, esses casos foram escolhidos porque provocam a tomada de decisão com base na heurística da representatividade. Assim, seria possível testar a hipótese de que os juízes poderiam ser influenciados pela heurística da representatividade.

O questionário foi aplicado primeiro para os alunos, entre os dias 7 e 29 de maio de 2018 e, nesse intervalo de tempo, 37 alunos se voluntariaram para participar do experimento. O envio dos questionários para os estudantes do primeiro período da FGV Direito Rio se deu via *e-mail*, após comunicado em sala de aula informando a relevância da pesquisa. Tal divulgação contou com o auxílio do professor Fernando Leal e resultou em 14 respostas.

Já o envio dos questionários para os alunos que estavam cursando entre o 2º e o 10º períodos na FGV e estudantes de Direito da PUC-Rio e UERJ, entre o 1º e o 10º períodos, se deu por meio de grupos da turma, nas redes sociais, com um breve esclarecimento sobre a importância da pesquisa, e contou com um total de 23 participantes.

Para os juízes, inicialmente, os questionários foram submetidos fisicamente em 33 Varas Cíveis do Fórum Central do Rio de Janeiro. Eles foram entregues nos cartórios das Varas Cíveis dia 9 de outubro de 2018, após uma breve explanação sobre o objetivo e a finalidade da pesquisa, e recolhidos dia 11 de outubro. Das 33 Varas, em apenas três delas os juízes responderam ao questionário, enquanto que, em 14 Varas, foi obtida a informação de que o juiz não teve interesse em participar da pesquisa; em 12 Varas foi recomendado que voltasse outro dia para conferir se o magistrado responderia ou não; e em 4 Varas foi obtido o retorno de que teriam perdido o questionário ou então que não sabiam informar se o juiz iria participar ou não.

Como tal amostra não seria suficiente para traçar alguma análise relativa aos magistrados, o questionário foi aplicado com o auxílio do professor Fernando Leal. Foram obtidas 14 respostas, após o professor aplicar os casos em uma aula para juízes do TRF-2, ministrada na FGV Direito Rio dia 10 de setembro de 2018. Além disso, foram obtidas mais seis respostas de juízes que se voluntariaram para responder os casos em um congresso realizado em Salvador, dia 28 de setembro de 2018.

Ademais, três respostas foram obtidas de juízes conhecidos que lecionam Direito na PUC-Rio ou na FGV Direito Rio e se voluntariaram para responder ao questionário enviado por *e-mail* através da plataforma do Google Forms. Dessa forma, o total da amostra de juízes na qual a pesquisa se baseou foi de 26 participantes, conforme pode-se conferir nos Apêndices B e C.

Entretanto, cabe esclarecer que, como o “Caso 1” que envolve o acidente dos táxis se divide em duas partes, 14 magistrados, da amostra de 26, não responderam à segunda parte do “Caso 1”. Isso porque apenas a primeira parte do

caso foi aplicada na aula lecionada para os juízes do TRF-2. Dessa forma, essas 14 respostas sobre o “Caso 1” não serão consideradas na análise para que não seja prejudicada a investigação da mudança nas respostas entre a primeira parte e a segunda do “Caso 1”. Portanto, tem-se uma amostra total de 26 respostas sobre o “Caso 2”, referente ao acidente dos barris, e 12 respostas sobre o “Caso 1”, conforme pode ser observado nos Apêndices B e C.

Por fim, destaca-se que o objetivo da redução da amostra em apenas dois grupos, isto é, juízes e alunos, foi justamente para que fosse possível realizar uma análise comparativa entre magistrados e estudantes de direito que estão iniciando a faculdade e aqueles que já estão prestes a se formar.

O esperado neste estudo era que a resposta dos grupos não fosse muito diferente. A previsão inicial era de que magistrados, assim como estudantes de direito e pessoas comuns, fossem influenciados pela heurística da representatividade e decidissem com base em informações mais representativas para eles, sem levar em consideração as informações estatísticas estabelecidas nos casos, uma vez que estavam sendo suscitados a decidir de forma intuitiva.

Tal resultado era esperado porque, conforme mencionado no item 3.3, a tomada de decisão fundamentada em heurísticas, ou seja, atalhos de decisão, é algo intrínseco às estruturas cognitivas dos seres humanos, podendo, inclusive, promover eficiência quando se está diante de uma situação em que é necessário tomar uma decisão em curto prazo e a baixo custo. Portanto, parte-se do pressuposto de que os juízes também podem ser influenciados pela heurística da representatividade, assim como as pessoas comuns.

Contudo, o principal motivo da análise comparativa dos dois grupos foi possibilitar a investigação de outro problema, sendo ele a influência da experiência e o vasto conhecimento na área como um fator limitador de vieses. Nesse sentido, o objetivo era testar também se, eventualmente, a experiência na área do direito poderia neutralizar, em alguma medida, a influência dos vieses no processo de tomada de decisão.

Assim, tendo as respostas dos alunos dos períodos iniciais da graduação em Direito e também dos últimos períodos, já seria possível traçar uma análise comparativa ao longo da faculdade. Além disso, com os dados dos juízes, seriam comparadas também as suas respostas, como profissionais do direito e especialistas em tomada de decisão judicial, com os dos de alunos, ainda inexperientes nessa área.

Nesse sentido, no próximo tópico, será analisado se seria possível identificar algum percentual de redução de respostas equivocadas ao longo da formação na graduação em Direito, ou seja, se alunos mais próximos de se formar responderiam de forma mais acertada e também se magistrados estariam menos suscetíveis à influência da heurística da representatividade do que os alunos da graduação que ainda estão ingressando na área jurídica.

5 Análise das respostas obtidas

5.1 Análise das respostas dos alunos

Para facilitar a análise das respostas dos alunos, analisaremos primeiro as respostas do Caso 1, referente ao acidente envolvendo táxis verdes e azuis, e depois as respostas do Caso 2, relativo ao acidente com os barris.

No que diz respeito ao Caso 1, para que seja possível comparar as respostas obtidas, serão feitas duas análises distintas. Em primeiro lugar, será feita uma análise geral, observando as respostas e identificando quantos alunos responderam corretamente, além de ser analisada a evolução das respostas de acordo com cada momento da graduação. Para isso, foi feita uma divisão entre a primeira metade da graduação em Direito, contemplando do 1º ao 5º período, e a segunda metade envolvendo as respostas dos alunos do 6º ao 10º período. Em segundo, será investigado se houve alguma mudança nas respostas dos alunos a respeito do primeiro cenário do Caso 1 para o segundo.

Analisando as respostas obtidas, foi possível observar que nenhum aluno respondeu que a probabilidade de um táxi azul estar envolvido no acidente seria de 41%, que é a resposta correta para o problema. Porém, alguns chegaram perto do resultado: 2 alunos mantiveram sua resposta de 50% de probabilidade nos dois cenários e 4 responderam entre 40% ou 50% de probabilidade no segundo, totalizando um percentual de 16,2% de alunos respondendo aproximadamente o valor correto ou na Parte 1 ou na Parte 2 do Caso 1. Vale ressaltar que tais dados demonstram que poucos estudantes conjugaram as duas informações dadas.

Outra informação obtida foi que 10 alunos, ou seja, 27% do total, mantiveram sua resposta próxima de 80%⁷¹, na Parte 1 do Caso 1, sendo este o valor dado sobre a confiabilidade da testemunha que afirmou que o táxi seria da empresa azul e também o que Kahneman mencionou que seria o mais comumente respondido pelas pessoas, o que indicaria a decisão com base na heurística da representatividade.

Além disso, os dados revelaram que grande parte dos alunos manteve suas respostas em valores entre 3% e 15%⁷², na Parte 1 do Caso 1, totalizando 16 alunos (equivalente a 43,24% do total). Isso significa que a maioria dos alunos deu mais atenção à informação estatística oferecida no Caso 1 do que ao dado de que 15% dos táxis eram azuis. Tal comportamento era inesperado no presente trabalho, pois Kahneman afirma que as pessoas não costumam dar muita atenção a essa informação, pois se prendem mais ao depoimento imperfeito dado pela testemunha, sendo influenciadas pela heurística da representatividade.

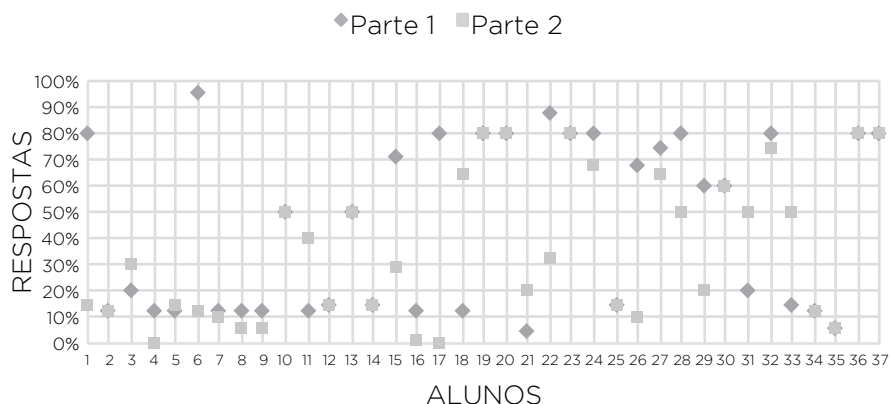
71 Foram consideradas as respostas entre 80% e 89%.

72 Foram consideradas apenas as respostas da Parte 1 do Caso 1.

Desse modo, ainda não é possível afirmar que um número considerável de alunos foi realmente influenciado pela heurística da representatividade, tendo apenas 27% deles se comportado dessa forma. Por outro lado, porém, também não foi possível observar um número significativo de acertos nesse caso específico. Nesse momento, um dado que se mostrou interessante foi a respeito do peso atribuído pelos alunos à informação estatística do caso, uma vez que 43,24% deles respondeu ao Caso 1 fundamentado na informação estatística disponibilizada, o que é algo não previsto por Kahneman em seu estudo. Assim, vale comparar tal informação com os resultados dos juízes para que seja possível traçar mais conclusões.

No gráfico a seguir é possível verificar essa distribuição geral de respostas. Ressalta-se que o eixo Y equivale às respostas e o eixo X a cada aluno, estabelecidos em ordem crescente, dos alunos de períodos iniciais para alunos de períodos finais. Os alunos da primeira metade da graduação correspondem aos alunos 1 a 22, e a segunda metade, aos alunos 23 a 37⁷³:

Gráfico 1 — Panorama das respostas totais dos alunos em valores absolutos sobre o Caso 1



Agora, comparando as respostas dos alunos da primeira metade da graduação e da segunda metade⁷⁴, obteve-se o resultado de que, dentre as 6 respostas próximas do valor correto, 3 delas foram de alunos da primeira meta-

73 Vale destacar que os alunos 1 a 14 correspondem a alunos do 1º período da graduação; os alunos de 15 a 19 ao 3º período; de 20 a 22 do 5º período; 23 e 24 do 7º período; 25 a 27 do 8º período; 28 a 36 do 9º período e 37 do 10 período.

74 Vale destacar que se obteve um total de 22 respostas de alunos cursando a primeira metade da graduação e 15 respostas de estudantes cursando a segunda metade da graduação em Direito.

de da graduação e as outras 3 da segunda metade. Em valores percentuais, 13,63% dos alunos da primeira metade da graduação apresentaram respostas próximas da correta e 20% dos estudantes da segunda metade da graduação responderam dessa forma.

No que diz respeito às respostas próximas de 80% na Parte 1 do Caso 1, vale destacar que 10 alunos responderam nesse sentido, sendo 4 deles da primeira metade da graduação, o que equivale a 18,18% dos alunos desse grupo e 6 da segunda metade, equivalente a 40% dos estudantes na parte final da graduação. Assim, os alunos da segunda metade da graduação parecem ter sido mais influenciados pela heurística da representatividade.

Além disso, dos 16 alunos que mantiveram suas respostas entre 3% e 15%, na Parte 1 do Caso 1, 12 estavam cursando a primeira metade da graduação e 4 a segunda metade. Portanto, os alunos da primeira metade se destacaram nessa amostra, uma vez que 54,54% deles responderam com proporções inferiores a 15%, enquanto 26,66% dos alunos da segunda metade responderam dessa forma.

Portanto, nesse aspecto específico da análise e com base nos dados obtidos sobre as respostas desse Caso 1, apesar de proporcionalmente os alunos da segunda metade da graduação terem respondido de forma mais próxima da correta, 40% deles foram influenciados pela heurística da representatividade ao terem dado mais importância à informação oferecida pela testemunha e respondido valores próximos de 80%, enquanto a maioria dos alunos da primeira metade da graduação pareceu ter se pautado mais na informação estatística dada, tendo 54,54% deles respondido entre 3% e 15%.

Dessa forma, ainda não foi possível obter fortes indicativos de que a maior experiência com o direito poderia atuar como um limitador da influência da heurística da representatividade no processo de tomada de decisão intuitiva, uma vez que os alunos da segunda metade da graduação foram mais influenciados pela heurística.

Uma última análise que se pretende fazer com o Caso 1 é a respeito da eventual mudança ou não das respostas dos alunos do primeiro cenário do caso para o segundo. Independentemente de o valor estar correto ou próximo do correto, o que se pretende nessa parte da análise é investigar se as respostas mudaram e se as proporções respondidas foram menores ou maiores do que a Parte 1 do Caso 1.

Isso porque, conforme explicado no item 3.2, Kahneman menciona que o segundo cenário, ao igualar o número de táxis e dizer que 85% dos táxis verdes estão envolvidos nos acidentes, atribui um peso psicológico muito maior do que dizer que 85% dos táxis na cidade são verdes, apesar de matematicamente serem informações idênticas. Dessa forma, Kahneman entende que a tendência

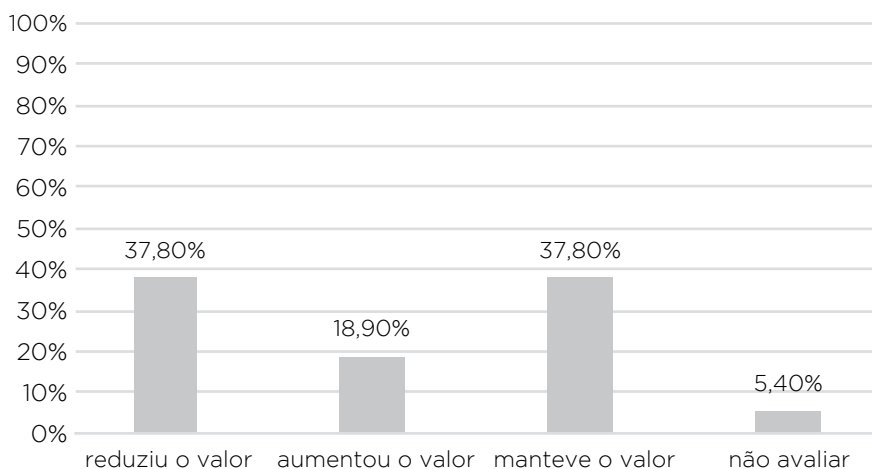


seria que as pessoas fossem influenciadas pela heurística e levassem mais em consideração essa informação e alterassem suas respostas, reduzindo a probabilidade de que um táxi azul estivesse envolvido no acidente.

Observando as respostas gerais dos alunos, 21 mudaram suas respostas, 14 não mudaram e 2 afirmaram não saber a resposta na Parte 2 do caso. Observando o comportamento dos estudantes, pode-se constatar, a partir do Gráfico 2, que dos 21 alunos que mudaram as suas respostas, 14 reduziram os valores (o que equivale a um percentual de 37,8% do total), tendo sido influenciados pela heurística da representatividade.

Tal informação indica que a mesma quantidade de alunos que foi influenciada pela heurística também manteve sua resposta. Ou seja, 14 alunos perceberam que as informações matemáticas eram idênticas e não alteraram suas respostas e 14 alunos deram maior peso à informação de que 85% dos táxis verdes estavam envolvidos em acidentes e reduziram as probabilidades, conforme depreende-se do gráfico a seguir:

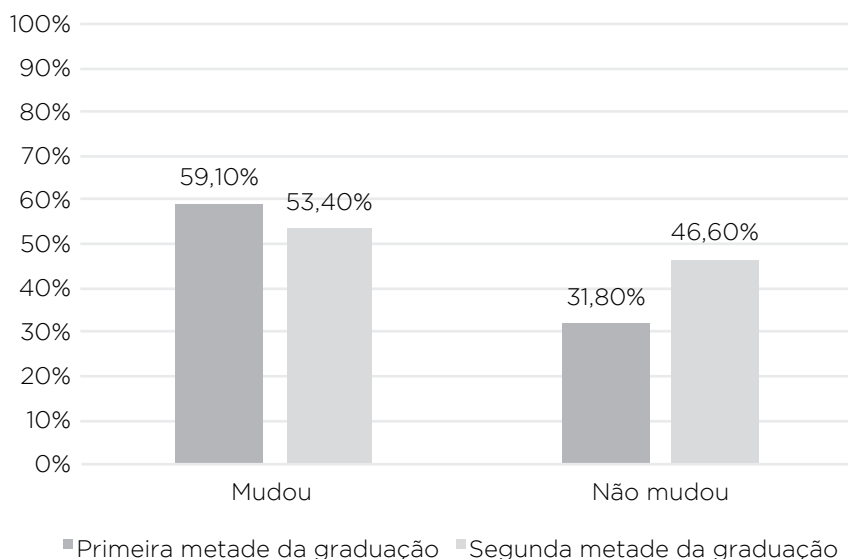
Gráfico 2 — Comparação em valores proporcionais da variação das respostas totais dos alunos de acordo com as Partes 1 e 2 do Caso 1



Portanto, por esse ponto de vista, não foi possível observar fortes indícios da influência da heurística da representatividade, pois os resultados indicaram que, ao mesmo tempo que 37,8% dos alunos foram influenciados pela heurística, ao reduzir os valores das suas respostas, 37,8% não foram, pois mantiveram os valores de suas respostas.

Por fim, resta analisar a diferença da mudança nas respostas por período. Os dados indicaram que os alunos de períodos mais avançados, isto é, os alunos da segunda metade da graduação, proporcionalmente, mudaram menos suas respostas do que os da primeira metade, pois 59,1% dos alunos da primeira metade da graduação mudaram suas respostas, enquanto 53,4% dos alunos da segunda metade da graduação agiram assim, conforme indica o gráfico a seguir:

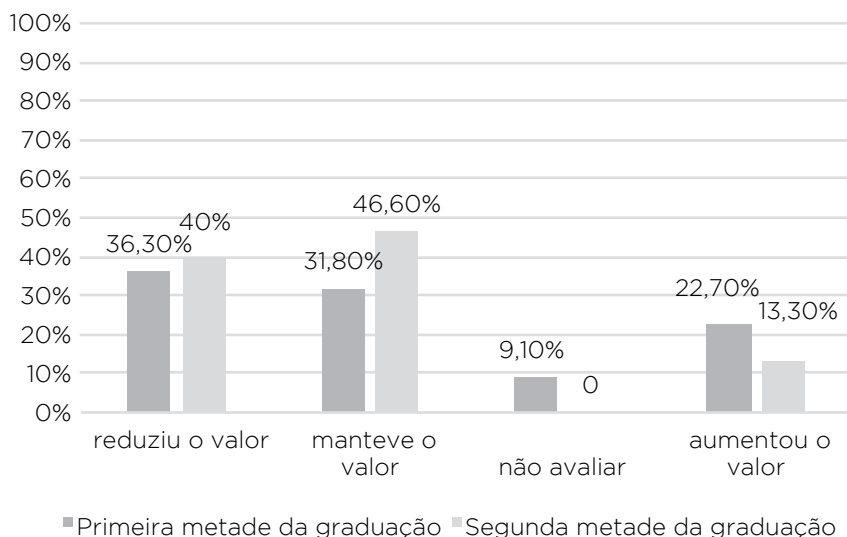
Gráfico 3 — Comparação em valores proporcionais da variação de respostas dos alunos por momento da graduação de acordo com as Partes 1 e 2 do Caso 1



Observando de forma mais aprofundada, 36,3% dos alunos da primeira metade da graduação reduziram os valores das suas respostas, enquanto 40% dos alunos da segunda metade da graduação reduziram. Porém, 46,6% dos alunos da segunda metade da graduação mantiveram suas respostas ao passo que apenas 31,8% dos alunos da primeira metade da graduação se comportaram dessa forma, conforme extrai-se do gráfico a seguir:



Gráfico 4 — Comparação detalhada em valores proporcionais da variação de respostas dos alunos por momento da graduação de acordo com as Partes 1 e 2 do Caso 1



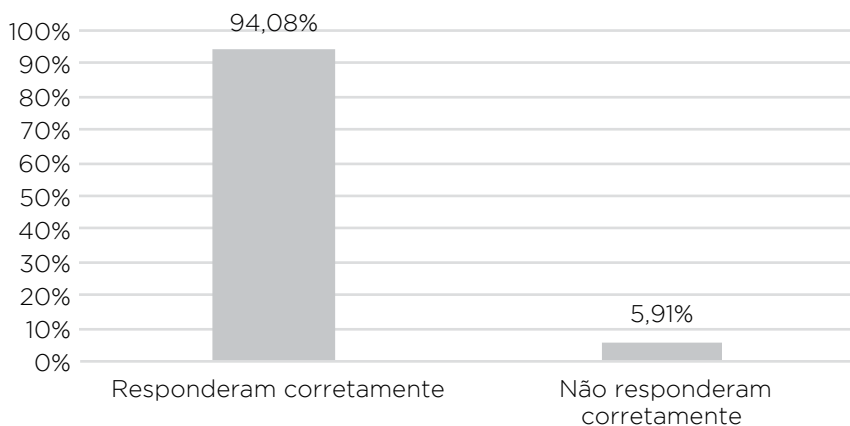
Nesse sentido, os dados indicaram que, comparativamente, uma proporção um pouco maior de alunos da segunda metade da graduação foi influenciada pela heurística da representatividade (porque reduziram suas respostas) do que estudantes da primeira metade da graduação. Porém, observando isoladamente, a maioria dos alunos da segunda metade da graduação não foi influenciada pela heurística porque 46,6% deles mantiveram suas respostas sem ter atribuído maior relevância à informação de que táxis verdes se envolviam mais em acidentes.

Assim, no que diz respeito ao ponto de vista da mudança das respostas, pode-se dizer que, de forma comparada, os alunos da segunda metade da graduação não se desempenharam da mesma forma que os alunos da primeira metade da graduação, pois um percentual maior de alunos de períodos finais foi influenciado pela heurística da representatividade.

Desse modo, através dessa análise específica, mais uma vez não foi possível obter fortes indicativos de que a experiência ao longo da carreira no direito poderia atuar como um fator limitador da influência de elementos intuitivos no processo de tomada de decisão. Isso porque não foi possível observar uma redução na proporção de alunos que foram influenciados pela heurística ao longo do avanço na graduação.

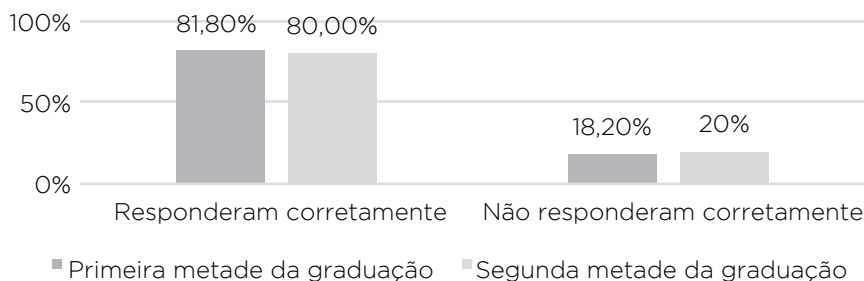
Tratando agora do Caso 2, os dados obtidos indicaram que a maioria dos alunos respondeu corretamente à pergunta, marcando a alternativa que indicava que a probabilidade de o acidente ter sido causado por negligência do funcionário era entre 0 e 25%, conforme se extrai do gráfico abaixo:

Gráfico 5 — Respostas totais dos alunos em valores proporcionais sobre o Caso 2



Observando agora as respostas de cada momento da graduação, foi possível identificar que o desempenho dos alunos da primeira metade da graduação e da segunda metade foi bem semelhante, tendo 81% dos alunos da primeira metade respondido corretamente e 80% dos alunos da segunda metade respondido corretamente também, conforme gráfico abaixo:

Gráfico 6 — Comparação em valores proporcionais das respostas dos alunos sobre o Caso 2



Vale destacar também que, conforme explicado no item 4.1, a resposta que indicaria a influência da heurística da representatividade seria aquela entre 76% e 100%, pois os dados do problema faziam parecer que o acidente tivesse sido causado por negligência de um funcionário.

Nesse sentido, ao observar entre as 7 respostas corretas, apenas 2 foram entre 76% e 100%, e uma delas foi de um aluno da primeira metade da graduação e outra da segunda metade. Então, não houve uma forte influência da heurística da representatividade entre os alunos, e não houve uma diferença relevante entre as respostas dos alunos ao longo da graduação.

Dessa forma, foi possível constatar que pouquíssimos foram influenciados pela heurística da representatividade no Caso 1. Contudo, não se observou uma grande diferença entre as respostas dos alunos da primeira metade da graduação e da segunda, tendo a grande maioria dos alunos respondido de forma correta o Caso 2 e tendo apenas 1 aluno de cada grupo sido influenciado pela heurística da representatividade. Portanto, mais uma vez, não foi possível encontrar indicativos de que uma maior experiência com o direito poderia, em alguma medida, neutralizar os efeitos da influência de fatores intuitivos.

5.2 Análise das respostas dos magistrados

Partindo agora para a análise das respostas dos juízes, o conjunto de dados será separado de acordo com cada caso, assim como no item anterior. Iniciando pelo Caso 1, primeiro será observado, de forma geral, se os juízes responderam corretamente e, em seguida, será analisado se as respostas dos mesmos mudaram da Parte 1 para a Parte 2 do Caso 1, assim como foi feito na análise dos alunos, para que seja possível identificar se houve ou não uma maior influência da heurística na Parte 2 do Caso 1.

De acordo com as respostas obtidas, em um primeiro momento, não foi possível identificar nenhuma resposta correta, isto é, nenhum dos participantes da pesquisa respondeu que a probabilidade de um táxi azul estar envolvido no acidente seria de 41%. Contudo, 2 participantes, em uma amostra de 12, chegaram próximo da resposta correta, marcando entre 40% e 50%, o que totalizou um percentual de 16,6% de respostas próximas da correta.

Além disso, 4 participantes, o que corresponde a 33,3% do total, responderam que a probabilidade seria de 80% ou então valores próximos⁷⁵, o que, segundo Kahneman, é uma das possíveis respostas originadas da tomada da decisão com base na heurística da representatividade.

Vale ressaltar outro dado relevante observado, a respeito das respostas entre 3% e 15% na Parte 1 do Caso 1. Isso porque foi informado na Parte 1 que 15% dos

75 Foram consideradas as respostas entre 80% e 89%.

táxis eram azuis, sendo esta a “taxa base” dada na questão que Kahneman afirma que é mais comumente ignorada pelas pessoas. As respostas obtidas indicaram que os juízes acabaram dando grande relevância para essa informação, tendo 8 deles — 66,6% do total — respondido que a proporção seria entre 3% e 15%.

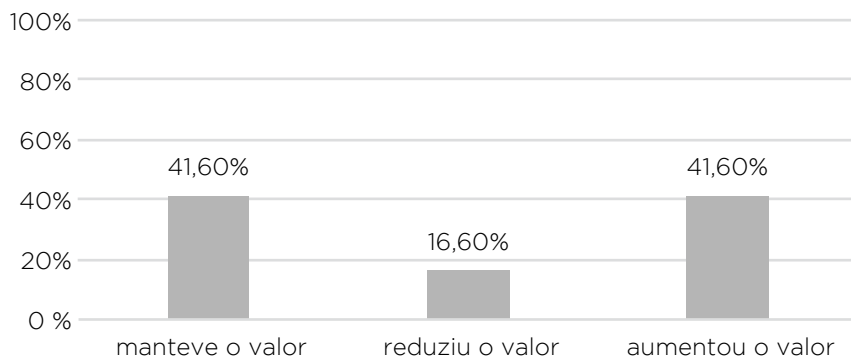
Nesse sentido, ao analisar os dados dos juízes isoladamente, ainda não foi possível obter grandes indicativos da influência da heurística da representatividade no processo de tomada de decisão judicial. Contudo, uma informação que merece destaque é a que diz respeito ao alto percentual de resposta entre 3% e 15%, o que foi algo inesperado no presente estudo. Isso significa que, apesar de 66,6% dos juízes não terem acertado as respostas, eles levaram muito em consideração a informação estatística dada, em vez de o depoimento da testemunha. Dessa forma, apesar de não terem conjugado as duas informações, não foram influenciados pela heurística.

Cabe agora observar como os juízes se comportaram quando deparados com a segunda parte do Caso 1, que, psicologicamente, atribuiu uma informação de que os táxis verdes seriam mais irresponsáveis do que os azuis, induzindo a tomada de decisão com base na heurística da representatividade.

As respostas indicaram que 7 dos 12 juízes participantes alteraram a sua resposta, enquanto 5 mantiveram. Desses 7 juízes, apenas 2 reduziram a probabilidade de o acidente ter sido causado por um táxi azul.

Dessa forma, tais dados não foram capazes de indicar que os juízes foram mais influenciados pela heurística da representatividade, pois apenas 2 juízes — o que corresponde a um percentual de 16,6%, conforme Gráfico 7 — aparentaram atribuir maior peso à informação de que 85% dos táxis verdes estão envolvidos nos acidentes, que induzia a decisão com base na heurística da representatividade.

Gráfico 7 — Variação em valores proporcionais das respostas dos juízes de acordo com as Partes 1 e 2 do Caso 1

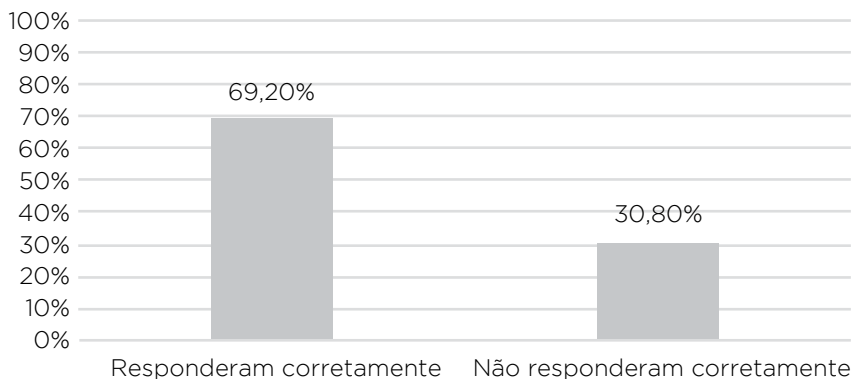


Fonte: elaborado pela autora



Agora, sobre o Caso 2, os dados indicaram que, dos 26 juízes que responderam ao questionário, 18 acertaram, totalizando um percentual de 69,2% de acertos, conforme indica o gráfico abaixo:

Gráfico 8 — Respostas totais dos juízes em valores proporcionais sobre o Caso 2



Ademais, dos 8 magistrados que erraram a resposta, 5 marcaram que a probabilidade de o acidente dos barris ter sido causado por negligência de um funcionário era de 76% a 100%, o que corresponde a 19,23% do total da amostra. Isso demonstra que um percentual considerável acabou sendo mais influenciado pela heurística da representatividade incitada no problema⁷⁶.

Portanto, tendo em vista os dados obtidos, os juízes aparentaram demonstrar um bom percentual de respostas corretas, apesar de 19,23% deles terem sido influenciados pela heurística da representatividade. Assim, para ser possível traçar melhores conclusões, é necessário comparar com as respostas dadas pelos alunos para analisar de forma comparada o desempenho desses dois grupos e verificar se a experiência ao longo da carreira no direito poderia inibir a influência desse tipo de heurística.

⁷⁶ Vale relembrar que, conforme demonstrado no item 4.1 deste trabalho, o Caso 2 induzia que as pessoas decidissem o presente caso com base na heurística da representatividade, uma vez que traça um cenário que, a priori, quando a pessoa é incitada a decidir de forma intuitiva, parece que o acidente foi causado por conta de negligência de um funcionário, porém, quando consideradas as informações estatísticas dadas, é possível perceber que a probabilidade de o barril ter se soltado por negligência de um funcionário é muito baixa.

5.3 Análise comparativa das respostas dos alunos e magistrados

Partindo agora para a última e principal análise deste trabalho, serão comparadas as respostas dadas pelos magistrados e alunos com o objetivo de identificar, em um primeiro momento, se haveria algum indicativo da influência da heurística da representatividade no processo de tomada de decisão judicial, a partir da comparação das respostas dadas pelos juízes com as dos alunos.

Além disso, em um segundo momento, será investigado se haveriam indicativos de que a experiência ao longo da carreira no direito poderia agir como um fator de neutralização da influência da heurística da representatividade no processo de tomada de decisão.

Paralelamente, ao longo dessa análise, também serão feitas breves considerações, comparando os dados da presente pesquisa com os resultados obtidos nos experimentos de Kahneman e Guthrie; Rachlinski e Wistrich.

Para que isso seja possível, as respostas obtidas para cada caso serão analisadas individualmente, assim como nos itens anteriores. Iniciando pelo Caso 1, os dados indicaram que nenhum juiz ou aluno que se disponibilizou a responder ao questionário chegou ao valor de 41%, que seria a resposta correta. Além disso, ao observar quantos voluntários chegaram próximo do resultado na Parte 1 ou na Parte 2 do caso, isto é, responderam entre 40% e 50%, se obteve o resultado de que 16,6% dos juízes chegaram perto da resposta e 16,2% dos alunos também se aproximaram da resposta correta.

Comparando as respostas próximas de 80%, que, segundo Kahneman, é a que representaria a decisão com base na heurística, obteve-se o resultado de que 27% dos alunos respondeu por volta desse valor e que 33,3% dos juízes se comportaram da mesma forma, sendo valores percentuais bem próximos.

Ademais, vale ressaltar que 66,66% dos juízes responderam entre 3% e 15% na Parte 1 do Caso 1, enquanto 43,24% dos alunos também responderam da mesma forma. Assim, existe um indício de que um número considerável⁷⁷ de ambos os grupos levou em consideração a informação estatística oferecida no caso de que 15% dos táxis eram azuis, o que é o oposto do que Kahneman sustenta sobre o que as pessoas costumam responder.

Nesse sentido, a maioria dos alunos e dos juízes dessa amostra específica decidiu de uma forma diferente do esperado. Isso porque, segundo Kahneman, as pessoas geralmente responderiam esse caso ou com base na informação dada pela testemunha — que afirmou ou oposto do dado estatístico, dizendo que o táxi era azul —, sendo esta a resposta que indicava a influência da heurística da representatividade, ou então conjugariam as duas informações e

⁷⁷ Em números absolutos, os dados indicaram que 8 juízes, em uma amostra de 12, responderam entre 3% e 15% e 16 alunos de uma amostra de 37.

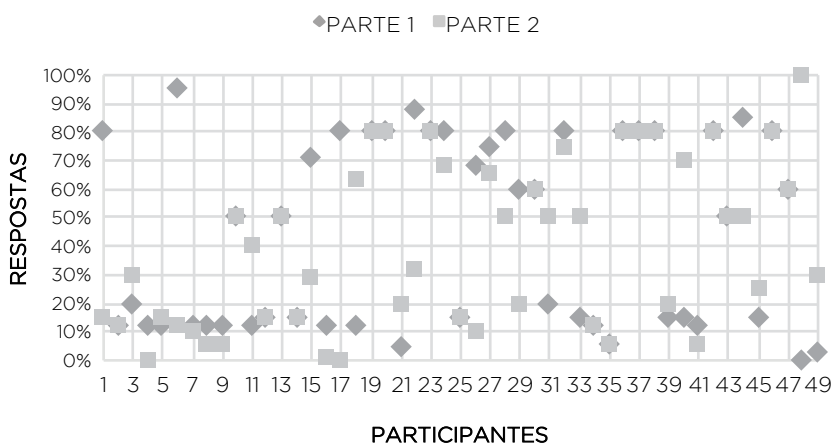
chegariam a uma resposta próxima da correta, conforme prescreve a Regra de Bayes apresentada no item 3.2.

Cabe ressaltar que Kahneman não oferece os dados precisos obtidos desse experimento, diferentemente de Guthrie, Rachlinski e Wistrich, que apontam os percentuais encontrados da aplicação do Caso 2. Assim, Kahneman apenas descreve como a maioria das pessoas se comportou e tem-se que a maior parte das pessoas responderia fundamentada na informação dada pela testemunha e o restante baseado na conjugação das duas informações⁷⁸.

Tal resultado pode promover novas indagações, pois, pode-se questionar por que se obteve um resultado não previsto por Kahneman. Talvez, possa ter ocorrido essa diferença por conta da dimensão da amostra do presente estudo, ou então no método de aplicação dos questionários.

Assim, sobre esse aspecto mais geral da análise, foi possível encontrar indícios, a partir do espaço amostral da pesquisa, de que os juízes estariam decidindo de forma semelhante aos alunos, conforme se observa no Gráfico 9⁷⁹. Isso porque ambos tiveram um percentual reduzido de acertos, mas, ao mesmo tempo, não tiveram um percentual muito significativo de respostas influenciadas pela heurística da representatividade. O maior destaque, nesse caso, foi o percentual de respostas fundamentado no dado estatístico oferecido na questão.

Gráfico 9 — Panorama das respostas totais dos alunos e dos juízes em valores absolutos sobre o Caso 1



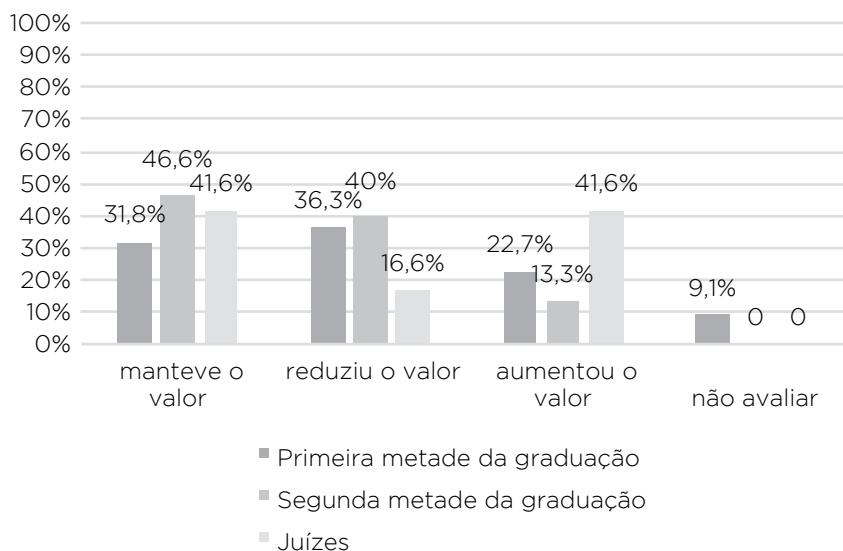
78 KAHNEMAN, 2012, p. 211-215.

79 Vale destacar que as respostas dos alunos estão representadas pelos participantes 1 a 37 no eixo X do gráfico e os juízes, 38 a 49.

Passando agora para a análise de acordo com o ponto de vista da mudança das respostas da Parte 1 da pergunta para a Parte 2, os dados obtidos demonstraram que 41,6% dos magistrados mantiveram suas respostas de um cenário do Caso 1 para outro, enquanto 31,8% dos alunos que estão cursando a primeira metade da graduação e 46,6% dos que estão cursando a segunda metade mantiveram suas respostas, conforme é possível observar no Gráfico 10.

Tais informações parecem indicar que os alunos da segunda metade da graduação aparentaram ter percebido mais do que os juízes que as informações estatísticas oferecidas eram matematicamente idênticas.

Gráfico 10 — Comparação em valores proporcionais das respostas dos juízes e dos alunos a respeito da Parte 1 e da Parte 2 do Caso 1



Agora, levando em consideração que a redução dos valores nas respostas poderia indicar uma eventual influência da heurística da representatividade no processo de tomada da decisão, os dados indicaram que os juízes foram menos influenciados pela heurística, uma vez que apenas 16,6% deles reduziram suas respostas, enquanto 40% dos alunos da segunda metade da graduação reduziram e 36,3% dos alunos da segunda metade da graduação diminuíram os valores.

O que se pode concluir a respeito da influência da heurística da representatividade no Caso 1, no que diz respeito ao ponto de vista da redução das

probabilidades da Parte 1 para a Parte 2, é que os juízes tiveram um desempenho diferente do que o dos alunos. Isso porque, conforme mencionado, apenas 16,6% dos juízes reduziram suas probabilidades na Parte 2 do Caso 1. Contudo, não foi possível identificar uma evolução nos desempenhos desde a primeira metade da graduação até os juízes, porque 40% dos alunos da segunda metade da graduação reduziram os valores da probabilidade do Caso.

Partindo para a análise do Caso 2, foi possível observar que, enquanto 81,08% dos alunos responderam à pergunta corretamente, 69,20% dos juízes responderam de forma correta, conforme indica o Gráfico 11.

Além disso, conforme já mencionado, 5 juízes, em uma amostra de 26, marcaram a opção que indicava a tomada da decisão com base na heurística da representatividade, o que representa 19,33% do total da amostra, enquanto apenas 2 alunos, em uma amostra de 37, marcaram essa mesma opção, o que equivale a 5,4% do total — sendo 4,5% da primeira metade da graduação e 6,6% da segunda metade da graduação.

Por fim, cabe comparar esses resultados obtidos com o descrito pelo estudo de Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistricht. Os dados da pesquisa norte-americana demonstraram que 40% dos juízes que responderam à pesquisa marcaram a resposta correta, escolhendo a taxa mais baixa (entre 0-25%), e aproximadamente 40% dos juízes também responderam de forma intuitiva, marcando a resposta que continha a taxa mais alta (entre 76-100%), ou seja, foram influenciados pela heurística⁸⁰.

Assim, pode-se constatar que os juízes do presente experimento aparentaram ter sido menos influenciados pela heurística da representatividade, uma vez que apenas 19,33% da amostra respondeu dessa forma, enquanto 40% dos juízes do estudo norte-americano se comportaram nesse sentido.

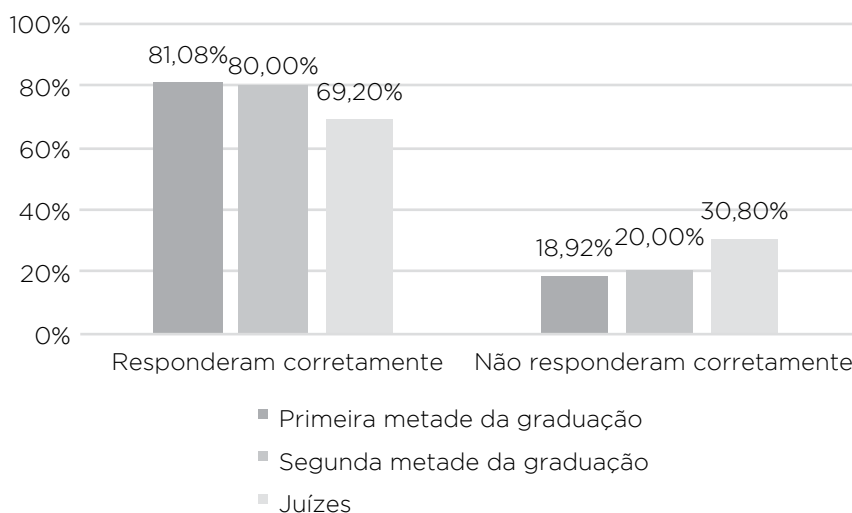
Conforme exposto anteriormente, no item 3.2, esperava-se um resultado diferente entre a pesquisa norte-americana e o presente experimento, mas, no sentido de que os juízes da amostra dessa pesquisa fossem mais influenciados pela heurística da representatividade, por se tratar de uma amostra menor, não contendo magistrados de tribunais superiores e também por conta do formato de aplicação do questionário dessa pesquisa. Assim, pode-se inclusive questionar a real influência do fator da variação da amostra, mas o presente trabalho não tem dados suficientes para que seja possível testar essa proposição.

Comparando apenas os dados obtidos nesse estudo, foi possível ter indícios de que os juízes podem ser influenciados pela heurística da representatividade. No entanto, não foi possível constatar uma evolução no desempenho dos grupos estudados de acordo com uma maior experiência ao longo da carreira

80 GUTHRIE, op. cit., p. 22-23.

no direito, pois os dados indicaram justamente o oposto: os alunos da primeira metade da graduação foram um pouco menos influenciados pela heurística do que os da segunda e estes tiveram menos influência da heurística nas suas respostas do que os juízes, conforme é possível observar no gráfico abaixo:

Gráfico 11 — Comparação em valores proporcionais das respostas dos alunos e dos juízes sobre o Caso 2



Portanto, após analisar minuciosamente os dois casos aplicados de diversas formas e comparar as respostas dos participantes do experimento, foi possível concluir, primeiramente, no que diz respeito ao questionamento relacionado à possibilidade da influência da heurística da representatividade no processo de tomada de decisão judicial, que foram encontrados alguns indícios dessa influência.

Isso porque um percentual de 33% dos juízes dessa amostra respondeu de forma que indicasse a influência da heurística da representatividade no Caso 1 e 19,33% dos juízes marcaram a resposta que indicava a atuação da heurística no Caso 2, enquanto apenas 5,4% dos alunos se comportou dessa forma.

Já no que se refere a possível atuação da experiência ao longo da carreira como um fator limitador da heurística, os dados obtidos no Caso 1 e no Caso 2 não foram capazes de indicar uma clara evolução nas respostas desde os primeiros períodos da graduação em Direito, até os últimos. Isso porque, muitas vezes, a depender da análise, os alunos da segunda metade da graduação foram mais influenciados pela heurística do que os da primeira, ou então os juízes foram mais influenciados do que os estudantes.

Dessa forma, não se obteve uma indicação clara de que a experiência adquirida ao longo do estudo do direito ou da experiência profissional poderia limitar a influência da heurística da representatividade.

6 Considerações finais

Ao longo do presente trabalho, buscou-se investigar indícios da influência da heurística da representatividade no processo decisório judicial, a partir da reprodução de experimentos norte-americanos. Para isso, a primeira parte do artigo se dedicou a apresentar as principais teses do Realismo Jurídico que justificam a análise empírica do processo de tomada de decisão judicial.

Assim, este estudo se baseou nas premissas do realismo norte-americano de que os juízes estariam suscetíveis a interferências externas ao direito em seu processo decisório, e que seria necessário investigar empiricamente esse fenômeno, pois apenas esse tipo de pesquisa poderia revelar como os juízes de fato decidem.

Em seguida, com base nos estudos de Herbert Simon, Amos Tversky e Daniel Kahneman, que são grandes referências da teoria comportamental, foi analisado o conceito de heurística, definido como um atalho de decisão que diminui as alternativas a serem analisadas pelo indivíduo, selecionando as possibilidades de escolha.

Além disso, de acordo com os mesmos estudos de Tversky e Kahneman, foi aprofundado o que seria, especificamente, a heurística da representatividade e quais seriam as vantagens e as desvantagens de sua influência no processo decisório, ou seja, quais seriam os possíveis erros de decisão que esta poderia acarretar.

A segunda parte do artigo se dedicou a analisar os dados obtidos após a aplicação do questionário, que replicou os experimentos de Daniel Kahneman⁸¹ e Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich⁸².

O primeiro questionamento do qual se partiu foi se os juízes poderiam decidir intuitivamente e ser influenciados pela heurística da representatividade, assim como as pessoas comuns. Já a segunda proposição testada foi referente à atuação da experiência adquirida ao longo da carreira jurídica como um fator limitador da heurística.

Assim, foi investigado se havia alguma diferença entre as respostas apresentadas pelos alunos que estavam cursando a primeira metade da graduação e a segunda metade, e, também, entre as repostas desses grupos e as dos juízes para que fosse possível responder as indagações mencionadas.

81 TVERSKY, op. cit., p. 1124-1131.

82 GUTHRIE, op. cit.

Os dados obtidos indicaram conclusões um pouco diferentes, variando de acordo com cada caso. No que diz respeito ao questionamento sobre se os juízes seriam influenciados pela heurística da representatividade, as respostas sobre o Caso 1 foram capazes de demonstrar que percentuais muito próximos de juízes e alunos marcaram uma resposta próxima da correta — 16,6% dos juízes e 16,2% dos alunos — e que 6% dos juízes foram mais influenciados pela heurística da representatividade do que os estudantes, do ponto de vista da análise dos valores absolutos.

Vale destacar, no que diz respeito a mudança das respostas da Parte 1 para a Parte 2 do Caso 1, que os juízes tiveram um desempenho um pouco melhor do que os alunos porque reduziram menos as suas respostas, tendo sido menos influenciados pela heurística da representatividade.

Dessa forma, no Caso 1, foi possível ter alguns indicativos de que juízes poderiam ser influenciados pela heurística da representatividade, apesar de terem sido um pouco menos influenciados do que os alunos em um aspecto da análise desse caso.

Já no Caso 2, um número um pouco mais significativo de juízes não marcou a resposta correta — se comparado com os alunos —, e 19,33% dos juízes foram mais influenciados pela heurística da representatividade.

Assim, tendo em vista os dados obtidos da aplicação dos dois casos, foi possível constatar alguns indícios de que os juízes poderiam ser influenciados pela heurística da representatividade.

No segundo questionamento, sobre a possibilidade da atuação da experiência como um fator limitador de elementos intuitivos no processo de tomada de decisão, cada caso também demonstrou resultados um pouco diferentes.

No Caso 1, não foi possível ter indicativos de que, ao longo da carreira no direito, a influência da heurística poderia ser reduzida porque, de forma geral, ou os alunos da segunda metade foram influenciados pela heurística da representatividade na mesma medida em que os alunos da primeira metade da graduação, ou então foram até mais influenciados, a depender do critério de análise. Ou seja, não foi possível constatar uma tendência de menor influência da heurística desde os primeiros períodos da faculdade até o final.

Já no que diz respeito ao Caso 2, os juízes foram mais influenciados pela heurística do que os alunos. Ademais, o que se obteve foi um indicativo oposto ao de que ao longo da carreira os erros de decisão seriam reduzidos, pois os alunos da primeira metade da graduação foram os que demonstraram menos influência da heurística, apesar da diferença de 2,1 % entre eles e os da segunda metade não ser muito significativa.

Portanto, tendo em vista os resultados obtidos, foi possível encontrar indicativos de que os juízes poderiam, sim, ser influenciados pela heurística da

representatividade no processo de tomada de decisão. Contudo, na amostra em que a pesquisa foi aplicada, não foi possível encontrar fortes indícios de que a experiência ao longo do estudo e da carreira no direito poderia atuar como um fator limitador da heurística.

7 Referências bibliográficas

FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. 1930.

GUTHRIE, C.; RACHLINSKI, J.; WISTRICH, A. Blinking on the bench: how judges decide cases. **Cornell Law Faculty Publications**, v. 93, 2007.

HOLMES, Oliver Wendell. The path of the law. **Harv. L. Rev.**, v. 10, 1897.

HUTCHESON JR, Joseph C. Judgment intuitive the function of the hunch in judicial decision. **Cornell Law Review**, v. 14, 1929.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; Tversky, Amos. Subjective Probability: a judgment of representativeness. **Cognitive Psychology**, v. 3, n. 3, 1972.

LEAL, F. A. R.; RIBEIRO, L. M. Heurística de ancoragem e fixação de danos morais em juizados especiais cíveis no rio de janeiro: uma nova análise. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 777-799, 2018.

LEAL, F. A. R.; RIBEIRO, L. M. O direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em Juizados Especiais do Rio de Janeiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 10, n. 35, p. 253-284, 2016.

LEITER, Brian. Legal realisms, old and new. **Valparaiso Law Review**, 5 fev. 2013.

LLEWELLYN, Karl N. Some realism about realism — responding to dean pound. **Harv. L. Rev.**, v. 44, 1931

LLEWELLYN, Karl N. A realistic jurisprudence: the next step. **Colum. L. Rev.**, v. 30, 1930.

LLEWELLYN, Karl N. **The bramble bush: on our law and its study**. New York: Oceana Publications, 1930.

MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. The new legal realism. **The University of Chicago Law Review**, v. 75, n. 2, p. 831-851, 2008.

SBICCA, Adriana. Heurísticas no estudo das decisões econômicas: contribuições de Herbert Simon, Daniel Kahneman e Amos Tversky. **Estud. Econ.**, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 582-583, jul./set. 2014.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer**. Harvard University Press, 2009.

SIMON, H. A. Invariants of human behavior. **Annu. Rev. Psychol.**, v. 41, p. 1-19, 1990.

SIMON, H. A. Theories of decision-making in economics and behavioral science. **The American Economic Review**, v. 49, n. 3, p. 253-283, jun. 1959.

SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 69, n. 1, p. 99-118, fev. 1955.

STRUCHINER Noel; VASCONCELLOS Úrsula S. C. C. Direito e felicidade: algumas implicações da teoria comportamental. In: FORTES, Pedro; CAMPO, Ricardo; BARBOSA, Samuel (Coord.). **Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. **Science, New Series**, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 27 set. 1974.

APÊNDICE A — QUESTIONÁRIO APLICADO

A INFLUÊNCIA DA HEURÍSTICA DA REPRESENTATIVIDADE NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO

A presente pesquisa tem o objetivo de investigar a presença de fatores intuitivos no processo de tomada de decisão judicial em cenários de incerteza. Pretende-se buscar indicativos da influência da heurística da representatividade em casos em que o direito não oferece uma resposta clara e satisfatória.

Dados Pessoais

1. Qual é o seu gênero?

- ☐ Feminino
- ☐ Masculino
- ☐ Outros

2. Em que cidade você mora no momento?

3. Quantos anos você tem?

4. Qual o nível de escolaridade mais alto que você completou?

- ☐ Ensino fundamental
- ☐ Ensino médio incompleto
- ☐ Ensino médio completo
- ☐ Ensino superior incompleto
- ☐ Ensino técnico
- ☐ Ensino superior completo
- ☐ Pós-graduação
- ☐ Nenhuma das opções acima

5. Você se identifica em qual dos seguintes grupos?

- o Juiz ou Desembargador
- o Estudante de direito cursando o 1º período
- o Estudante de direito cursando o 2º período
- o Estudante de direito cursando o 3º período
- o Estudante de direito cursando o 4º período
- o Estudante de direito cursando o 5º período
- o Estudante de direito cursando o 6º período
- o Estudante de direito cursando o 7º período
- o Estudante de direito cursando o 8º período
- o Estudante de direito cursando o 9º período
- o Estudante de direito cursando o 10º período
- o Nenhuma das opções acima

Casos fictícios

Agora, com base nos dados fornecidos no enunciado, responda às perguntas abaixo:

Caso 1 — Parte 1

Um táxi envolveu-se numa colisão e fugiu do local do acidente à noite. Duas companhias de táxi, a Verde e a Azul, operam na cidade. Você recebe os seguintes dados:

(1) 85% dos táxis na cidade são Verdes e 15% são Azuis; e

(2) uma testemunha identificou o táxi como Azul. O tribunal testou a confiabilidade da testemunha sob as circunstâncias existentes na noite do acidente e concluiu que a testemunha identificou corretamente cada uma das duas cores em 80% do tempo e falhou em 20% do tempo.

Qual é a probabilidade de que o táxi envolvido no acidente tenha sido o Azul e não o Verde? (Responda utilizando valores percentuais)

Caso 1 — Parte 2

Agora, considerando os mesmos fatos da pergunta anterior, porém os seguintes dados:

(1) as duas empresas operam o mesmo número de táxis, mas táxis Verdes estão envolvidos em 85% dos acidentes; e

(2) a informação sobre a testemunha é a mesma que a anterior.

Qual é a probabilidade de que o táxi envolvido no acidente tenha sido o Azul e não o Verde? (Responda utilizando valores percentuais)

Caso 2

Uma pessoa estava passando perto de um armazém quando foi atingida por um barril que lhe causou graves danos. O barril, no momento em que atingiu a pessoa, estava na fase final do processo de armazenamento, sendo içado do chão e depositado dentro do armazém. Os trabalhadores do armazém não têm certeza de como o barril se soltou e caiu, mas eles concordam que ou o barril foi amarrado de forma negligente ou a corda cedeu. Funcionários do governo conduziram uma investigação e determinaram que, nesse armazém, especificamente:

(1) quando os barris são amarrados de forma negligente, há uma chance de 90% de a corda romper e causar a queda do barril;

(2) quando os barris são armazenados de forma segura, eles se soltam e caem apenas 1% das vezes;

(3) os trabalhadores amarram os barris de forma negligente apenas 1 vez em 1.000 vezes.

Levando em consideração esses fatos, qual é a probabilidade de que o barril que atingiu essa pessoa tenha se soltado devido à negligência de um dos trabalhadores do armazém?

- o 0 — 25%
- o 26 — 50%
- o 51 — 75%
- o 76 — 100%

APÊNDICE B — TABELA COM AS RESPOSTAS DOS JUÍZES

	Gênero	Caso 1 — Parte 1	Caso — Parte 2	Caso 2
Respostas obtidas na plataforma do Google Forms				
Juiz 1	Masculino	80%	80%	0 — 25%
Juiz 2	Feminino	15%	20%	0 — 25%
Juiz 3	Masculino	15%	70%	0 — 25%
Respostas obtidas no Fórum Central do TJRJ				
Juiz 4	Feminino	12%	6%	0 — 25%
Juiz 5	Feminino	80%	80%	0 — 25%
Juiz 6	Feminino	50%	50%	76 — 100%
Respostas obtidas no Congresso				
Juiz 7	Masculino	85%	50%	0 — 25%
Juiz 8	Masculino	15%	25%	0 — 25%
Juiz 9	Feminino	80%	80%	0 — 25%
Juiz 10	Masculino	60%	60%	0 — 25%
Juiz 11	Masculino	0	100%	0 — 25%
Juiz 12	Masculino	3%	30%	0 — 25%
Respostas obtidas no curso para juizes do TRF-2				
Juiz 13	Masculino	—	-	0 — 25%
Juiz 14	Feminino	—	-	0 — 25%
Juiz 15	Masculino	—	-	76 — 100%
Juiz 16	Feminino	—	-	26 — 50%
Juiz 17	Masculino	—	-	76 — 100%
Juiz 18	Masculino	—	-	0 — 25%
Juiz 19	Masculino	—	-	0 — 25%
Juiz 20	Feminino	—	-	0 — 25%
Juiz 21	Masculino	—	-	51 — 75%
Juiz 22	Masculino	—	-	51 — 75%
Juiz 23	Feminino	—	-	76 — 100%
Juiz 24	Masculino	—	-	0 — 25%
Juiz 25	Feminino	—	-	76 — 100%
Juiz 26	Masculino	—	-	0 — 25%

APÊNDICE C — TABELA COM AS RESPOSTAS DOS ALUNOS

Alunos	Período	Gênero	Caso 1 — Parte 1	Caso 1 — Parte 2	Caso 2
Aluno 1	1º período	Masculino	80%	15%	0 — 25%
Aluno 2	1º período	Masculino	12%	12%	26 — 50%
Aluno 3	1º período	Feminino	20%	30%	0 — 25%
Aluno 4	1º período	Feminino	12%	0	0 — 25%
Aluno 5	1º período	Feminino	12,50%	15%	0 — 25%
Aluno 6	1º período	Feminino	95%	12%	76 — 100%
Aluno 7	1º período	Masculino	12%	10,20%	0 — 25%
Aluno 8	1º período	Masculino	12%	6%	0 — 25%
Aluno 9	1º período	Feminino	12%	6%	0 — 25%
Aluno 10	1º período	Feminino	50%	50%	51 — 75%
Aluno 11	1º período	Feminino	12%	40%	0 — 25%
Aluno 12	1º período	Feminino	15%	15%	0 — 25%
Aluno 13	1º período	Masculino	50%	50%	0 — 25%
Aluno 14	1º período	Feminino	15%	15%	26 — 50%
Aluno 15	3º período	Masculino	71%	29%	0 — 25%
Aluno 16	3º período	Feminino	12%	1,26%	0 — 25%
Aluno 17	3º período	Feminino	80%	0	0 — 25%
Aluno 18	3º período	Masculino	12%	64%	0 — 25%
Aluno 19	3º período	Feminino	80%	80%	0 — 25%
Aluno 20	5º período	Masculino	80%	80%	0 — 25%
Aluno 21	5º período	Feminino	5%	20%	0 — 25%
Aluno 22	5º período	Masculino	88%	32%	0 — 25%
Aluno 23	7º período	Masculino	80%	80%	0 — 25%
Aluno 24	7º período	Feminino	80%	68%	0 — 25%
Aluno 25	8º período	Feminino	15%	15%	76 — 100%
Aluno 26	8º período	Masculino	68%	10,20%	0 — 25%
Aluno 27	8º período	Masculino	75%	65%	51 — 75%
Aluno 28	9º período	Masculino	80%	50%	0 — 25%

Alunos	Período	Gênero	Caso 1 – Parte 1	Caso 1 – Parte 2	Caso 2
Aluno 29	9º período	Feminino	60%	20%	0 – 25%
Aluno 30	9º período	Feminino	60%	60%	51 – 75%
Aluno 31	9º período	Masculino	20%	50%	0 – 25%
Aluno 32	9º período	Feminino	80%	75%	0 – 25%
Aluno 33	9º período	Feminino	15%	50%	0 – 25%
Aluno 34	9º período	Feminino	12%	12%	0 – 25%
Aluno 35	9º período	Masculino	5,88%	5,88%	0 – 25%
Aluno 36	9º período	Feminino	80%	80%	0 – 25%
Aluno 37	10º período	Feminino	80%	80%	0 – 25%

PRESIDENTES FRACOS: LEGADOS DE PERDA DE PODER PARA O CARGO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

LUIZ CARLOS PENNER RODRIGUES DA COSTA

Resumo

O art. 62 da Constituição dá à Presidência da República o poder de editar medidas provisórias em caso de urgência e relevância. Este é reconhecido como o poder mais expressivo à disposição de presidentes da República. Ocorre que tal afirmação desconsidera que poderes são disputados no decorrer do jogo da Separação de Poderes — no que chamamos conflitos **sobre** regras (oposto aos conflitos **dentro** das regras) e que podem gerar mudanças **endógenas** na alocação de autoridades entre os atores políticos. Considerando esta perspectiva fluida da Separação de Poderes, este trabalho pretende demonstrar que presidentes fracos em determinado contexto podem gerar legados de perda de poderes para o cargo da Presidência da República — afetando os futuros presidentes que ocuparão aquele cargo.

Palavras-chave

Separação de Poderes. Poderes Presidenciais. Impeachment. Congresso. Dilma.

Abstract

Article 62 of the Constitution gives the Presidency of the Republic the power to use its decree power in case of urgency and relevance. This is recognized by the literature as the most expressive power available to presidents of the Republic. However, that assessment ignores that powers are disputed during the game of the Separation of Powers — in what we call conflicts **about** rules (as opposed to conflicts **within** the rules) and that can generate **endogenous** changes in the allocation of authorities between the political actors. Considering this fluid perspective of the Separation of Powers, this paper intends to demonstrate that weak presidents in a certain context can generate legacies of loss of powers for the office of the Presidency of the Republic — affecting the future presidents who will occupy the office.

Keywords

Separation of Powers. Presidential Powers. Impeachment. Congress. Dilma.

1 Introdução

O *impeachment* da presidente Dilma Rousseff gerou um aumento de interesse acadêmico sobre as relações entre o Executivo e o Legislativo. O ex-presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, teve um papel essencial no despertar desse interesse, dado que foi um dos principais articuladores do *impeachment*¹. Eduardo Cunha analisava até onde poderia aumentar seus próprios poderes de influenciar no processo, tendo por vezes conseguido ampla margem de liberdade — podendo, por exemplo, escolher partes da denúncia que iriam prosseguir e partes que seriam arquivadas² —, mas também encontrou seus limites em decisões do Supremo Tribunal Federal, como a proibição da chapa avulsa³ e definição de votação do *impeachment* alternadamente de Norte a Sul⁴.

Estas foram disputas sobre poderes não definidos em todas as suas minúcias pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), leis ou procedimentos internos das Casas do Congresso. Nestes casos, há amplo espaço de manobra que pode ser aproveitado por atores que enxerguem nestas lacunas a possibilidade de aumentar seus próprios poderes (*self-aggrandizement*), criando para si *poderes informais* que podem vir a ser reconhecidos e respeitados por todos os atores.

Este trabalho parte desta constatação para demonstrar que um presidente fraco ocupando o cargo da Presidência da República pode gerar derrotas políticas que resultem em modificações sobre a alocação de poderes e que geram consequências para além de seu mandato — transformando-se em “legados” para o próprio cargo da Presidência da República. O argumento é dividido em três etapas.

Primeiro, os conflitos entre Poderes muitas vezes são moldados não apenas em termos da aprovação de uma determinada *policy*, mas também sobre quem é competente⁵ para aprovar tal medida — assim como ocorreu com o

1 LIMONGI, Fernando. O passaporte de Cunha e o Impeachment: a crônica de uma tragédia anunciada, **Novos Estudos**, n. 103, p. 99, 2015; LIMONGI, Fernando. Impedindo Dilma, **Novos Estudos**, p. 5, 2017; LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. A crise atual e o debate institucional. **Novos Estudos**, n. 109, p. 78-97, 2017.

2 PEREIRA, Thomaz. Quais os poderes de Eduardo Cunha no impeachment? **JOTA Info**, 5 abr. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/quais-os-poderes-de-eduardo-cunha-no-impeachment-05042016>. Acesso em: 20 nov. 2018.

3 G1. **Para Cunha, decisão do STF de proibir chapa avulsa “afasta a disputa”**. 17 dez. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2015/12/cunha-diz-que-respeita-decisao-do-stf-sobre-impeachment-e-vai-cumprir.html>. Acesso em: 20 nov. 2018.

4 MACEDO, Fausto. Supremo nega liminar e define votação do impeachment do Norte para o Sul, alternadamente. **Estadão**, 14 abr. 2016. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/supremo-nega-liminar-e-define-votacao-do-impeachment-do-norte-para-o-sul-alternadamente/>. Acesso em: 20 nov. 2018.

5 Ao longo deste trabalho, utilizaremos como sinônimos os termos “poderes”, “autoridades”, “competências” e “prerrogativas”.

caso de Cunha, criando para si novos **poderes informais** para conduzir o processo de *impeachment*. O pressuposto para tanto é que os poderes formais estabelecidos na CRFB, leis ou regimentos internos não são suficientes para ditar quem tem a competência para tomar determinada medida em todas as situações concretas.

Segundo, é possível que essa eventual derrota de um presidente fraco, moldada em torno de conflitos sobre a alocação de competências, possa gerar precedentes. Estes precedentes poderão ser utilizados no futuro por atores políticos para impedir que o presidente faça alegações afirmando ter autoridade para exercer aquele poder específico. Com isso, está consumada a perda de poderes para o cargo da Presidência da República — que passam a ser **poderes informais** de outro ator —, sem que haja alterações no texto da CRFB, de leis ou do regimento interno das Casas do Congresso.

Terceiro, presidentes fracos podem gerar oportunidades para que ocorram os conflitos sobre a alocação de competências entre os Poderes — dado que outros atores poderão se aproveitar da fraqueza presidencial para afetar decisões de longo prazo. E este novo precedente poderá ser utilizado no futuro para demonstrar que a perda de poder eventual de um presidente fraco gerará efeitos para os próximos presidentes, causando perdas para o cargo da Presidência da República.

Dessa forma, unindo as três etapas, pretendemos demonstrar que (i) determinados conflitos entre a Presidência da República e o Congresso — por mais que o plano de fundo seja a disputa sobre a implementação de *policies* — serão moldados em termos de quem é competente para tomar aquela atitude. Com isso, o vencedor neste conflito específico poderá (ii) gerar legados de modificação do desenho institucional: a autoridade alocada para um ator político em determinado momento poderá ser utilizada futuramente como precedente que justifique aquela alocação de autoridade, tornando-a definitiva. E, por fim, (iii) a existência de um presidente fraco é um facilitador ou catalizador destes conflitos que geram precedentes.

Para limitação do escopo do trabalho, analisamos o poder legislativo mais expressivo da Presidência da República, a edição de medidas provisórias⁶. Mais

6 Como as medidas provisórias modificam o *status quo* imediatamente, a literatura entende que os custos para o Congresso as derrubarem são maiores do que aqueles associados à rejeição de projetos de lei, por exemplo. Analisar o poder de editar medidas provisórias é importante por duas razões: (i) é um poder frequentemente utilizado por presidentes da República e (ii) sendo o poder legislativo mais expressivo disponível para presidentes, é de se supor que presidentes zelem pela defesa de suas prerrogativas de editar medidas provisórias. Apesar de o objetivo deste trabalho ser exploratório — isto é, não buscamos nenhuma relação de causalidade necessária entre força presidencial e legados de perda de poderes, apenas demonstramos que esta é uma possibilidade a ser investigada no futuro — é possível pensar que há boas razões para futuros estudos testarem se é possível que

especificamente, utilizaremos como estudo de caso as tentativas de devolução de medidas provisórias pela presidência do Senado. Diferentemente da aprovação e da rejeição de medidas provisórias pelas Casas do Congresso⁷, a devolução é um poder que não está previsto na CRFB, em legislação ordinária ou regimento interno do Senado, Câmara ou do Congresso. A devolução de medida provisória (MP), quando bem-sucedida, significa que o presidente do Senado poderá unilateralmente sustar os efeitos da MP, de modo que ela não terá mais a capacidade de alterar o *status quo* imediatamente⁸. Nos casos que analisaremos sobre tentativas de devolução de medidas provisórias, por mais que haja discussões sobre *policy* envolvidas no jogo político, os argumentos são moldados em termos de autoridade para realizar aquela medida.

Em um primeiro momento, houve a tentativa fracassada de devolução de MP editada pelo presidente Lula. Já no segundo mandato da presidente Dilma Rousseff, contudo, a devolução de MP ocorreu de forma bem-sucedida, pouco antes do início do processo formal de *impeachment*. Tratava-se de momento em que a presidente se encontrava com popularidade baixa, e reduzido apoio no Congresso — portanto, fraca politicamente —, o que permitiu ao presidente do Senado devolver uma MP⁹. No caso, Dilma não reagiu; aceitando a derrota política, utilizou o segundo poder legislativo mais relevante à disposição de um presidente da República, a apresentação de projeto de lei em regime de urgência. Ao aceitar esta perda de poderes, Dilma permitiu o *self-aggrandizement* do presidente do Senado, que pode ter criado um precedente.

A criação de precedentes é relevante. A devolução de MP de Dilma já foi utilizada como ameaça recentemente no governo Temer e poderá ser utili-

presidentes fracos possam perder outros poderes no decorrer do jogo político, para além dos casos de devolução de medidas provisórias que trataremos neste trabalho.

7 Art. 62, § 8º, da Constituição: “As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)”.

8 Evidentemente, a devolução não ocorrerá de forma instantânea, de modo que pode ser que a medida provisória produza efeitos por algumas horas ou até dias. No entanto, para efeitos do argumento, é relevante que a medida provisória retira todos os custos de transação do legislativo em agregar votos para rejeitar uma medida provisória. A devolução significa a possibilidade de o presidente do Senado, de forma unilateral, retirar a eficácia da medida provisória no minuto seguinte à sua edição pelo presidente da República. É uma possibilidade que não necessariamente será utilizada em todos os casos.

9 Outras são as diferenças entre os casos que iremos analisar ao longo do presente trabalho e que podem ter sido decisivas para a devolução bem-sucedida no caso de Dilma e malsucedida no caso de Lula. Em ambos os casos, os presidentes do Senado esperaram a edição de uma medida impopular pelo presidente da República para que tivesse o estopim que deflagrasse a disputa sobre suas competências institucionais. No caso de Lula, alegaremos que se tratava de um presidente forte tanto de maneira absoluta (caracterizado por popularidade elevada e a habilidade de aprovar suas medidas no Congresso) quanto relativamente ao presidente do Senado (dado que o presidente Garibaldi Alves não era um ator político tão forte). Já no caso de Dilma, demonstraremos que ela estava fragilizada tanto de modo absoluto (i.e., com baixíssimas popularidade e taxa de sucesso legislativo) quanto relativamente ao presidente do Senado, Renan Calheiros.

zada futuramente para tornar permanente seu legado de perda de poderes (i.e., a possibilidade de devolução de medidas provisórias se tornar um **poder informal** institucionalizado e reconhecido pelos atores políticos). Reforçando o poder do precedente, quando o governo se encontra em situação na qual já há precedentes, a área técnica normalmente alerta fortemente para os seus perigos. Se houver precedente em sentido favorável, reduzem-se os custos para o governo decidir; se houve precedente que retire autoridade do presidente, isto com certeza será levado em consideração no jogo político¹⁰.

Na seção 2, faremos a revisão de literatura, apresentaremos nossa hipótese sobre os poderes presidenciais e também a metodologia que utilizaremos. Analisaremos a literatura com enfoque no presidencialismo de coalizão, que trata sobre os conflitos entre os atores políticos que ocorrem **dentro** das regras do jogo, estabelecidas formalmente na CRFB ou em leis (seção 2.1). Apresentaremos, em seguida, literatura de ciência política e de direito constitucional norte-americano que enfoca nos momentos de quebra das regras estabelecidas, ou seja, que analisa os conflitos entre atores políticos **sobre** as regras do jogo, que geram mudanças **endógenas** nas regras (ou **poderes informais**) a cada nova alocação de autoridade a atores políticos vencedores nestes conflitos (seção 2.2).

Esta revisão de literatura sobre mudanças **endógenas** nos ajuda a encaminhar o primeiro passo do nosso argumento central, de que existem conflitos *sobre* as regras. Isso será aprofundado na seção 3, que apresenta como as derrotas pontuais em disputas *sobre* as regras podem vincular presidentes futuros e, com isso, alterar **informalmente** as regras de separação de poderes estabelecidas constitucionalmente — isto é, sem a necessidade de realizar alterações formais na CRFB ou leis. Na seção 4 apresentaremos a metodologia deste trabalho, que se pretende exploratório.

Já na seção 5, apresentaremos detalhadamente os dois estudos de caso. O primeiro foi a tentativa frustrada de devolução da MP nº 446/2008 durante o governo Lula (seção 5.1). O segundo foi a efetiva devolução da MP nº 669/2015 durante o governo Dilma (seção 5.2). A apresentação dos estudos de caso é importante não apenas para exemplificar a possibilidade de mudanças endógenas e de criação de precedentes no Legislativo, mas também para trazer ao

10 Informações concedidas em entrevista realizada no dia 21 de novembro de 2018, com Beto Vasconcelos, que ocupou os cargos de Secretário Nacional de Justiça no Ministério da Justiça (2015-2016), Coordenador da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro no Ministério da Justiça (2015-2016), Chefe de Gabinete do Comitê Nacional para os Refugiados no Ministério da Justiça (2015), Chefe de Gabinete da Presidência da República (2014-2015), Secretário Executivo na Casa Civil da Presidência da República (2011-2013), Subchefe para Assuntos Jurídicos na Casa Civil da Presidência da República (2007-2010), Subchefe Adjunto para Assuntos Jurídicos na Casa Civil da Presidência da República (2005-2006), Assessor do Ministro de Estado no Ministério da Justiça (2004-2005) e Secretária Substituto no Ministério de Ciência e Tecnologia (2003-2004).

debate nossa variável de força presidencial como um possível fator que explica o surgimento de possibilidades de conflitos **sobre** as regras.

Por fim, na seção 6, faremos uma análise da teoria sobre legados presidenciais considerando as diferenças e semelhanças entre os casos apresentados na seção 5. Investigaremos, também, algumas das condições que parecem justificar, juntamente com a força presidencial, a devolução de medidas provisórias no governo Dilma e não no governo Lula (seção 6.3). Em seguida, desenvolveremos um teste para que a hipótese seja confirmada ou refutada em casos futuros que ainda não foram solucionados (seção 6.4). Concluiremos na seção 7 fazendo breve síntese sobre os principais argumentos desenvolvidos no decorrer deste trabalho.

2 Poderes presidenciais

O primeiro passo do argumento central deste trabalho é demonstrar a existência de conflitos **sobre** as regras. Para tanto, é relevante entender os conflitos **sobre** as regras em contraposição aos conflitos **dentro** das regras. Na seção 2.1, analisamos alguns estudos sobre o presidencialismo de coalizão que buscam entender os conflitos sobre implementação de *policies* e que, portanto, utilizam como premissa a alocação de competências aos Poderes estabelecida constitucional ou legalmente (conflitos **dentro** das regras). No entanto, a seção 2.2 demonstra que há ampla literatura questionando estas premissas, focando a análise na ocorrência de conflitos entre atores políticos que têm como resultado a alocação de competências entre os Poderes (conflitos **sobre** as regras).

2.1 Poderes formais da presidência da república e conflitos sobre a definição de políticas públicas

Os estudos sobre presidencialismo de coalizão normalmente utilizam a premissa de que o presidente da República tentará implementar as *policies* de sua preferência e, para isso, irá basear suas ações em prerrogativas que lhe foram formalmente atribuídas, constitucional ou legalmente. Contudo, será restringido pelo contexto político em que atua (i.e., popularidade, força de sua coalizão). Isto é, tendo um cardápio de prerrogativas formais — e que só poderão ser modificadas por meio de alterações formais das regras do jogo, por meio de emendas constitucionais, projetos de lei —, a escolha sobre o modo de implementar as *policies* dependerá do contexto político, o que poderá gerar conflitos sobre seu conteúdo com o Congresso. Assim, podemos perceber que os conflitos entre poderes analisados por estes estudos ocorrerão **dentro** das regras.

O Brasil é um dos países em que os poderes formais do presidente da República são mais amplos¹¹. Estes poderes formais podem ser divididos em

11 CHAISTY, Paul; CHEESEMAN, Nic; POWER, Timothy. Rethinking the 'presidentialism debate': conceptualizing coalitional politics in cross-regional perspective. **Democratization**,

poderes legislativos e poderes não legislativos¹². Dentre os poderes legislativos, a Presidência da República detém poderes de veto, poderes de editar decretos ou medidas provisórias, requerer urgência na análise de projetos de lei e iniciativa exclusiva presidencial em algumas áreas (art. 84 da CRFB). A CRFB confere ao presidente, portanto, “enormes vantagens estratégicas no seu relacionamento com o Congresso, máxime no que toca à definição da agenda legislativa do país e ao seu ritmo de implementação”¹³. Esta concentração de poderes legislativos nas mãos dos presidentes — em conjunto com a centralização decisória na arena legislativa — explica a alta taxa de sucesso legislativo dos presidentes brasileiros¹⁴.

Partindo dessas competências alocadas constitucional e legalmente à Presidência da República, a literatura analisa as condições do dia a dia para que presidentes as exerçam efetivamente para a implementação de *policies*, o que será determinado por variáveis circunstanciais, como popularidade presidencial, proximidade com as eleições ou a existência de pressões para que o Executivo atue rapidamente em determinada matéria¹⁵. Normalmente, busca-se analisar condições para a maior ou menor utilização de medidas provisórias, a depender do maior ou menor apoio presidencial pelo Congresso¹⁶.

v. 21, n. 1, p. 72-94, 2014; AMORIM NETO, Octavio; TAFNER, Paulo. Governos de coalizão e mecanismos de alarme de incêndio no controle legislativo das medidas provisórias. **Dados**, v. 45, n. 1, p. 5-38, 2002; CHEIBUB, José Antonio. Making presidential and semi-presidential constitutions work. **Tex. L. Rev.**, v. 87, p. 1375, 2008.

12 SHUGART, Matthew Soberg; CAREY, John M. **Presidents and assemblies: Constitutional design and electoral dynamics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

13 AMORIM NETO; p. 6, 2002. Para críticas à utilização de poderes formais como métrica de força presidencial, ver: FORTIN, Jessica. Measuring presidential powers: some pitfalls of aggregate measurement. **International Political Science Review**, v. 34, n. 1, p. 91-112, 2012.

14 FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Constitutional change, legislative performance and institutional consolidation. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. SPEI, p. 73-94, 2000; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Presidential power, legislative organization, and party behavior in Brazil. **Comparative Politics**, v. 32, n. 2, p. 151-170, 2000.

15 PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy J; RENNÓ, Lucio. Under what conditions do presidents resort to decree power? Theory and evidence from the Brazilian case. **The Journal of Politics**, v. 67, n. 1, p. 178-200, 2005; CHEIBUB, p. 1391, 2009; CHEIBUB, Jose Antonio; LIMONGI, Fernando. From conflict to coordination: perspectives on the study of executive-legislative relations. **Revista Ibero-Americana de Estudos Legislativos**, v. 1, n. 1, p. 38-53, 2011.

16 As conclusões são em geral contraditórias, como se pode perceber nos seguintes estudos: PEREIRA, 2005; CHEIBUB, 2009; PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy J; RENNÓ, Lucio R. Agenda power, executive decree authority, and the mixed results of reform in the Brazilian congress. **Legislative Studies Quarterly**, v. 33, n. 1, p. 5-33, 2008; NEGRETTO, Gabriel L. Government capacities and policy making by decree in Latin America: the cases of Brazil and Argentina. **Comparative Political Studies**, v. 37, n. 5, p. 531-562, 2004; REICH, Gary. Executive decree authority in Brazil: how reactive legislators influence policy. **Legislative studies quarterly**, v. 27, n. 1, p. 5-31, 2002; AMORIM NETO, 2002; AMORIN NETO, Octavio; COX, Gary W; MCCUBBINS, Mathew D. Agenda power in Brazil's Câmara dos Deputados, 1989-98. **World Politics**, v. 55, n. 4, p. 550-578, 2003.

Dessa forma, percebe-se que a literatura sobre poderes presidenciais parece buscar explicações de atuações que ocorrem **dentro** dos poderes estabelecidos constitucionalmente, não havendo disputas **sobre** os poderes. As escolhas entre meios ordinários ou extraordinários de atuação são tomadas considerando os poderes já estabelecidos constitucional ou legalmente. E, mais do que isso, as variações de poderes são rígidas e, portanto, só podem ser modificadas por emendas constitucionais, tal como ocorreu com a limitação de poderes da Presidência da República por meio da Emenda Constitucional 32/2001.

A posição de Pereira, Power e Rennó (2008) ilustra a premissa utilizada nestes estudos sobre presidencialismo de coalizão. Os autores afirmam que há dois tipos de delegação de poderes. Primeiro, há a delegação de poderes à Presidência da República, como ocorre no caso das regras estabelecidas no art. 62 da CRFB/1988, que dão poderes legislativos ao Chefe do Executivo. Segundo, há a delegação a presidentes individuais, definida como a extensão na qual os presidentes conseguem exercer, de fato, seus poderes — o que dependerá de fatores econômicos e políticos. De acordo com os autores, “[t]he first phenomenon is a form of institutional design and is more rigid; the second is a form of political process and is more fluid”¹⁷.

2.2 Conflitos sobre as regras do jogo e alocação de autoridade presidencial

As premissas adotadas nos estudos sobre presidencialismo de coalizão são questionadas pela ciência política e pelo direito constitucional norte-americano ao enfocarem em conflitos *sobre* as regras do jogo. Reconhece-se que o atendimento às normas que distribuem competências não é uma garantia ou pressuposto, o que gera uma “dynamic of potential change, emanating not just from the politically contested nature of institutional rules, but also, importantly, from a degree of openness in the interpretation and implementation of these rules”¹⁸.

Assim, a questão passa a ser entender como as regras são modificadas **endogenamente**, por meio de interpretações dos atores políticos oportunistas sobre suas próprias autoridades ou competências¹⁹. É possível identificar dois casos brasileiros em que atores oportunistas aproveitaram discussões políticas

17 PEREIRA, 2008, p. 13; CAREY, John M; SHUGART, Matthew Soberg. **Executive decree authority**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

18 MAHONEY, James; THELEN, Kathleen. A theory of gradual institutional change. In: **Explaining institutional change: ambiguity, agency, and power**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 10.

19 TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. **J. Marshall Law Review**, v. 37, p. 523-553, 2004; POSNER, Eric A; VERMEULE, Adrian. Constitutional showdowns. **U. Pa. L. Rev.**, v. 156, p. 991, 2007; POZEN, David E. Self-help and the separation of powers. **Yale Law Journal**, v. 124, n. 1, p. 2-90, 2014; MCLEAN, Iain, William H. Riker and the invention of heresthetic(s). **British Journal of Political Science**, v. 32, n. 3, p. 535-558, 2002; MAHONEY, 2009.

para moldá-las em torno de conflitos **sobre** as regras, gerando possibilidades de alteração da repartição de competências entre os Poderes.

Em maio de 2015, o Congresso aprovou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) da Bengala [PEC nº 457/2005, que deu origem à Emenda Constitucional (EC) nº 88/2015] com o objetivo de retirar a possibilidade de Dilma indicar cinco presidentes até o que seria o final de seu mandato (dezembro de 2018). Até o final de 2018, cinco ministros completariam 70 anos e, de acordo com as regras vigentes antes da PEC da Bengala, deveriam se aposentar, gerando a vacância de seus cargos²⁰. Com a aprovação da PEC, por 333 votos a 144, a idade mínima aumentou para 75 anos, de modo que nenhum ministro se aposentaria até o final de 2018. Este foi um caso relevante porque se tratava de disputa sobre um poder relevante para a perpetuação da influência de presidentes²¹ e, portanto, é uma disputa que envolve apostas altas²² e (ii) ao contrário do que parece ocorrer com o caso de diminuir a quantidade de ministros em uma Suprema Corte — o que não parece ser algo aceitável do ponto de vista político atualmente (clara hipótese de empacotamento de cortes)²³ — a possibilidade de aumentar a idade da aposentadoria de ministros não é claramente negada por acordos implícitos entre os poderes²⁴. O governo reagiu apenas dizendo que tal medida era casuística e que visava unicamente a restringir

20 BRAGON, Ranier. Câmara adia aposentadorias no Supremo e tira nomeações de Dilma. **Folha de S.Paulo**, 5 maio 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1625252-camara-aprova-projeto-que-pode-tirar-de-dilma-a-indicacao-dos-5-proximos-ministros-do-stf.shtml>. Acesso em: 20 jul. 2018.

21 Sobre o tema, há debates na literatura sobre a relação político-partidárias entre ministros nomeados para o STF e o presidente que os indicou. Esta é uma premissa adotada por PRADO, Mariana; TÜRNER, Cláudia. A Democracia e seu impacto nas nomeações das agências reguladoras e ministros do STF. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 27-74, 2010. Questionando as premissas adotadas pelas autoras, ver: ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Turner. **Revista de Direito Administrativo**, v. 255, p. 115-143, 2010.

22 CARDOSO, Daiene; CARVALHO, Daniel. Em mais uma derrota do governo, Câmara aprova PEC da Bengala em primeiro turno - Política. **O Estado de S. Paulo**, 4 mar. 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-mais-uma-derrota-do-governo-camara-aprova-pec-da-bengala-em-primeiro-turno,1644581>. Acesso em: 20 out. 2018.

23 Nesse sentido, Pozen (2014) discute que há normas informais que servem para organizar a relação e promover a cooperação entre os Poderes. Com isso, "When modern Presidents believe the Supreme Court has misconstrued the Constitution, they nonetheless acquiesce in its judgments; Presidents seek to control the courts, instead, through the appointment process. This is part of the convention of judicial supremacy over constitutional interpretation. When working majorities within Congress disapprove of the federal courts rulings, they too exercise restraint, hardly ever using their powers over court size, structure, administration, and procedure in a punitive fashion. 'Court packing' is especially out of bounds". (POZEN, op. cit., p. 34)

24 Havia também uma justificativa para aumentar a idade de aposentadoria, baseada no aumento da expectativa de vida. O líder da oposição na Câmara, Bruno Araújo (PSDB-PE), afirmou que "Esta medida faz um bem para a República, pois é um primeiro passo para adequar todo o funcionalismo ao avanço da expectativa de vida (74,9 anos). Do ponto de

poderes de a presidente indicar novos ministros para o STF, o que não impediu de haver a clarificação da autoridade do Congresso para estabelecer a idade de ministros no STF.

O segundo caso relevante ocorreu quando o ministro Marco Aurélio proferiu decisão monocrática “para afastar não do exercício do mandato de senador, outorgado pelo povo alagoano, mas do cargo de presidente do Senado o senador Renan Calheiros”²⁵. Renan, discordando da decisão monocrática proferida pelo ministro Marco Aurélio, se recusou a assinar a intimação. Logo em seguida, a Mesa do Senado decidiu que não iria acatar a decisão monocrática do ministro Marco Aurélio, de modo que iria aguardar a posição do plenário do STF para afastar Renan da presidência do Senado²⁶.

Após o desrespeito pelo Senado da decisão proferida monocraticamente pelo STF, o ministro Marco Aurélio afirmou em sessão plenária que “caso provocação haja, esta está na inconcebível, intolerável, grotesca, postura de desrespeitar ao extremo ordem judicial, recusado até mesmo — já não digo o cumprimento — o simples ciente nos mandados de notificação expedidos”²⁷.

No entanto, apesar das palavras de repúdio à decisão da Mesa do Senado, o STF pareceu ceder. A decisão do STF foi de que, até o término do julgamento da ação sobre se os réus podem estar ou não na linha sucessória da Presidência da República, o STF não afastará ninguém — o que pode fazer é impedir que eventualmente assuma a Presidência da República²⁸. Celso de Mello inclusive modificou seu voto em julgamento que tinha maioria de seis a zero para que

vista político, o país ganha ao anular essas indicações (as de Dilma) contaminada com viés político e ideológico”. (BRAGA, op. cit.)

- 25 OMS, Carolina; LIMA, Vandson. Ministro Marco Aurélio afasta Renan da presidência do Senado. **Valor Econômico**, 5 dez. 2016. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/4796553/ministro-marco-aurelio-afasta-renan-da-presidencia-do-senado>. Acesso em: 20 nov. 2018.
- 26 CARVALHO, Daniel; ÁLVARES, Débora; CASADO, Letícia; VALENTE, Rubens. Senado desafia Supremo e mantém Renan na presidência da Casa. **Folha de S.Paulo**, 6 dez. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1838885-senado-desafia-supremo-e-mantem-renan-na-presidencia-da-casa.shtml>. Acesso em: 20 nov. 2018.
- 27 No mesmo sentido, Celso de Mello falou que “desobedecer sentenças do poder judiciário significa praticar gesto inequívoco de desprezo inaceitável pela integridade e pela supremacia da lei fundamental de nosso país”. Carmem Lúcia, então presidente do STF, falou que “ordem judicial há de ser cumprida, e há de ser cumprida para que a gente tenha a ordem jurídica prevalecendo e não voluntarismo de quem quer que seja; ordem judicial pode ser discutida, é discutida; há recursos — e, no Brasil, excesso de recursos — para que isso possa acontecer; o que fica difícil é verificar que as vezes se viram as costas a um oficial de justiça, que é uma forma de dar as costas ao próprio Poder Judiciário, em um exemplo que não é edificante para uma sociedade que precisa cada vez mais se edificar no sentido do civismo e da convivência pacífica”. (Conferir: RAMALHO, Renan; CALGARO, Fernanda. STF mantém Renan no Senado, mas o proíbe de assumir Presidência. **G1**, 7 dez. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/maioria-do-stf-vota-pela-permanencia-de-renan-calheiros-na-presidencia-do-senado.ghtml>. Acesso em: 20 nov. 2018.)
- 28 Para uma análise crítica do comportamento do STF no caso, ver ARGUELHES, Diego Werneck. Renan, Marco Aurélio e o tortuoso Supremo. **JOTA Info**, 6 dez. 2016. Disponível em:

um réu não pudesse ficar em cargos na linha sucessória do presidente da República. Tentou esclarecer seu voto para dar interpretação de que um réu não poderia assumir cargos de presidente da República, mas que isso não impediria de permanecer no cargo de presidente da Câmara, do Senado ou do STF. Teori Zavascki, que dera liminar para afastar Eduardo Cunha da presidência da Câmara, entendeu que não seria necessário afastar Renan Calheiros da presidência do Senado.

Podemos entender que a não intimação de Renan Calheiros ocorreu porque a Mesa do Senado (i) discordava que ele deveria ser afastado e (ii) parece ter entendido que o STF não teria a competência para afastá-lo²⁹. Portanto, é possível dizer que a Mesa do Senado agiu de maneira oportunista — quando não havia regras claras — para se recusar a acatar decisão proferida monocraticamente por ministro do STF por considerá-la errada, enfrentando a autoridade do STF. A alocação de competências do STF foi **disputada** neste caso em um conflito **sobre** as regras.

Por fim, é interessante notar que estes conflitos entre Poderes sobre a alocação de competências ou autoridade para decidir determinadas questões não se confundem com derrotas substantivas na arena política — isto é, derrotas sobre a implementação de *políticas*. Por exemplo, a PEC nº 358/2013, aprovada em 2015 pelo Congresso Nacional, estabeleceu o orçamento impositivo no Brasil, tornando obrigatória a execução de emendas parlamentares até o limite de 1,2% da receita corrente líquida realizada no ano anterior³⁰. Diniz (2016) aponta que, inicialmente, o governo tentou barrar a medida, mas, ao perceber que não seria possível, buscou ao menos negociar a suavização de suas determinações.³¹ A interpretação dada pela literatura é de que o governo perdeu uma batalha política. No entanto, ainda que esta seja uma derrota do governo em

<https://www.jota.info/stf/supra/renan-marco-aurelio-e-o-tortuoso-supremo-06122016>. Acesso em: 20 nov. 2018.

29 É importante ressaltar que este segundo ponto não foi explicitado na decisão, porém é possível entendermos pelo contexto. Isso porque, se a Mesa do Senado considerasse que o STF tinha a competência para decidir sobre o afastamento, iriam acatar a decisão mesmo se não concordassem com o mérito. O máximo que poderiam fazer seria utilizar as regras definidas para poder recorrer da decisão do STF, o que significaria respeitar as regras ao mesmo tempo em que discordava do mérito da decisão.

30 CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Promulgada emenda constitucional do orçamento impositivo**. 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/483652-PROMULGADA-EMENDA-CONSTITUCIONAL-DO-ORCAMENTO-IMPOSITIVO.html>. Acesso em: 21 nov. 2018; CÂMARA DOS DEPUTADOS. Câmara aprova PEC do orçamento impositivo em 2º turno. 10 fev. 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/481683-CAMARA-APROVA-PEC-DO-ORCAMENTO-IMPOSITIVO-EM-2-TURNO.html>. Acesso em: 1º ago. 2018.

31 DINIZ, Vítor. **PEC do orçamento impositivo: um sonho que virou realidade?** Dissertação (Mestrado em Ciência Política), Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

um tema importante — orçamento — não havia discussões sobre alocação de autoridade ou competência para a tomada de decisão.

3 A relevância dos precedentes criados em disputas sobre as regras para a ocorrência de mudanças endógenas nas regras de distribuição de prerrogativas

A falta de clareza de alocação das prerrogativas constitucionais e legais gera oportunidades para interpretações ampliativas de atores políticos sobre suas próprias competências. Moe e Howell (1999) argumentam que é justamente nos países onde há menos poderes estabelecidos formalmente que há maiores poderes para presidentes conseguirem tomar atitudes unilaterais. Justamente onde há ambiguidades que surgem oportunidades para presidentes expandirem suas competências³². Mas qual o mecanismo pelo qual esses poderes são criados? Olhar primeiro para o Judiciário ajudará a entender esses mecanismos, de modo que passaremos a analisá-los em outros contextos em seguida.

3.1 Precedentes no Judiciário

Estudos falam sobre as possibilidades de o Judiciário buscar aumentar sua influência, seja por meio do efetivo exercício de sua autoridade para decidir, seja por meio de afirmação de autoridade (em casos nos quais não necessariamente irá exercer a autoridade). Afirmar suas próprias competências — e aumentá-las com isso — pode ser relevante para vincular decisões futuras, por meio da criação de precedentes.

Arguelhes e Sússekind (2018) afirmam que “when the preferences of a particular generation become institutional design, future judges might not necessarily be equally able to change these designs back, or to change them to a new arrangement”³³. Parece que a literatura concorda que os precedentes em que há auto-atribuições de prerrogativas vinculam decisões políticas futuras de outros atores. Aumentar seus poderes, ainda que não os utilize, pode ser interessante em ao menos dois sentidos: (i) “courts that have already announced certain powers might be in a better position when they finally use them” e (ii) “[c]ourts that publicly signal expansive powers also enlarge the possibility of what losers in the political arena can at least try to judicialize”³⁴.

Tome-se o exemplo de Mandados de Segurança (MS) na CRFB/1988, definidos apenas como mecanismos de controle *a posteriori*, por indivíduos, com

32 MOE, Terry M; HOWELL, William G. Unilateral action and presidential power: a theory. **Presidential Studies Quarterly**, v. 29, n. 4, p. 850-873, 1999.

33 ARGUELHES, Diego Werneck; PROENÇA SÚSSEKIND, Evandro. Building Judicial Power in Latin America: opposition Strategies and the Lessons of the Brazilian Case. **Revista Urugua-ya de Ciencia Política**, v. 27, n. 1, p. 188, 2018.

34 Ibid., p. 189.

efeitos *inter partes* e cabível apenas para os casos nos quais houver clara violação a direitos individuais. Contudo, o STF passou a dar interpretação expansiva para a apreciação de MS, tornando-o uma ferramenta decisiva nas mãos de políticos individualmente, dado que eles poderiam alcançar objetivos que não conseguiriam de outra forma. Caso não fosse possível políticos impetrarem individualmente MS contra atos durante o curso de deliberações legislativas (controle preventivo), restaria apenas o controle repressivo por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas por partidos políticos. Permitir esse modelo de impetração de MS com certeza garante ao STF a possibilidade de intervir mais incisivamente no jogo político. Para construir essa prerrogativa, o STF se focou em casos nos quais os próprios autores não tinham muitas esperanças de ganhar no mérito, em interação que permitiu cada vez que a corte pudesse expandir seus próprios poderes³⁵.

3.2 Precedentes no Legislativo

A utilização de precedentes para influir na tomada de decisões não é exclusiva do Poder Judiciário; outros Poderes também utilizam precedentes para argumentar em defesa de suas próprias prerrogativas³⁶. Para entender isso, é interessante olhar para as diferenças de utilização do precedente criado pelo *impeachment* de Collor por dois atores diferentes: o STF [principalmente o voto condutor do ministro Luís Roberto Barroso na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 378] e a Mesa da Câmara dos Deputados.

Eduardo Cunha implementou voto secreto para eleger os membros que comporiam a comissão do processo de *impeachment*, isso sem que houvesse previsão explícita na CRFB, lei ou regimento interno.³⁷ Tentou atribuir para si a competência de determinar o procedimento do *impeachment* de Dilma. Contudo, o STF interveio, concedeu liminar e suspendeu o processo de *impeachment* até que houvesse o julgamento pelo plenário. No julgamento plenário da ADPF nº 378, o ministro Luís Roberto Barroso entendeu que não era possível a apresentação de chapa avulsa e proibiu voto secreto para a escolha da comissão especial. Dentre os argumentos apresentados, Barroso disse que estava garantindo o procedimento adotado no *impeachment* de Collor, o que preservaria o princípio da segurança jurídica.

35 ARGUELHES, 2018, p. 190.

36 A forma de argumentação do Judiciário e do Legislativo cada vez se aproximam, dado que se trata de jogo continuado no qual o Legislativo tenta evitar que suas decisões sejam julgadas inconstitucionais por Supremas Cortes futuramente. Sobre o tema, ver: STONE SWEET, Alec. **Governing with judges: constitutional politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

37 HARTMANN, Ivar. O processo de impeachment será aberto ou secreto? **JOTA Info**, 9 dez. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cunha-esbarrou-em-uma-especie-em-extincao-09122015>. Acesso em: 23 nov. 2018.

A Câmara dos Deputados discordou das interpretações adotadas por Barroso e ajuizou embargos de declaração. Na interpretação da Câmara, a decisão do STF desconsiderou fatos importantes sobre o caso Collor. Especificamente sobre ter ocorrido votação em chapa única no caso Collor, a Mesa da Câmara dos Deputados argumenta que:

De fato, no caso Collor houve chapa única. **Todavia, esse fato não implica concluir de forma alguma que foi vedada a existência de chapa avulsa.** Naquela época, como sabido, havia um consenso diferente do que existe hoje, mas isso não significa dizer, muito menos concluir, que naquela época foi afastada a possibilidade de disputa. Não há como se extrair conclusão jurídica alguma de um único fato isolado.

Não houve — isso sim — interessados em comporem chapa avulsa, diferentemente do que ocorre hoje, cujo momento político é extremamente delicado, com várias correntes divergentes.

Assim, corrigida essa premissa, deve ser afastado do voto o fundamento de que no caso *Collor* não houve chapa avulsa e que, por essa razão, também não deveria haver nesse caso, por segurança jurídica. Uma coisa não tem nada a ver com a outra. **Não houve chapa avulsa naquela época não por vedação, mas sim por falta de interessados, o que é bem diferente.**

Não é demais lembrar que, **no Senado, no caso Collor**, quando da **eleição do Presidente e Relator** da Comissão Especial do *impeachment*, **houve disputa**, com a apresentação de **candidaturas avulsas**. Já na Câmara, por sua vez, conforme consta da ata da reunião de instalação da Comissão Especial naquela Casa, a eleição ocorreu por chapa decorrente de acordo partidário — mas não, insista-se, porque seria vedada a disputa e sim porque novamente houve consenso.

É indubitoso que a existência de eventual consenso sobre determinada questão não implica em dizer que não pode nem poderia haver disputa entre candidatos diversos. O consenso apenas evitou a disputa. Mas, caso não houvesse consenso, a disputa seria absolutamente válida e legítima, não só em observância aos ditames regimentais, mas principalmente por se tratar de tradição do Poder Legislativo nesses casos de «eleição». (Grifos no original)³⁸

38 Embargos de Declaração na ADPF nº 378, p. 24.

O argumento da Câmara, portanto, foi de que o Congresso tinha a autoridade para decidir sobre determinadas questões no caso concreto. Tratava-se de uma opção do Congresso no caso Collor ter utilizado chapa única: “não significa dizer [...] que naquela época foi afastada a possibilidade de disputa”.³⁹ Não há, na visão da Câmara, uma obrigatoriedade para que a decisão sempre tenha que ser decidida da mesma forma. Barroso, por outro lado, parece crer que, uma vez decidida a questão no caso Collor (ainda que tenha sido escolha do Congresso), esta é a decisão que deverá ser seguida para sempre⁴⁰. Se foi uma liberdade que o Congresso tinha para definir seu procedimento no caso Collor, Barroso imagina que essas escolhas vinculam o Congresso agora. A Câmara acha que, se o Congresso teve o poder de decidir no passado, esse poder continua com o Congresso.

Esse caso demonstra que, uma vez que uma decisão é tomada, atores institucionais reconstruirão suas próprias narrativas em torno do que já foi decidido. Se torna uma disputa sobre a melhor interpretação do precedente. No caso do *impeachment* de Collor, o Congresso decidiu que adotariam voto aberto. Isso significa que o voto deve ser aberto em todas as votações de *impeachment* ou que o Congresso pode escolher entre voto aberto ou secreto? A Câmara e o STF têm opiniões diferentes de como interpretar a utilização das prerrogativas pelo Congresso no caso Collor, isto é, se ter decidido cria precedente vinculante sobre a matéria (posição do STF para garantir segurança jurídica) ou se ter decidido cria precedente sobre a autoridade (posição da Câmara: quem já decidiu pode continuar decidindo).

Além disso, há também hipótese de atores olharem para precedentes e buscarem razões para não os aplicar. O ministro Ricardo Lewandowski, então presidente do processo de *impeachment* de Dilma, decidiu separar a votação de Dilma em duas questões independentes: (i) possibilidade de Dilma perder o cargo e (ii) possibilidade de Dilma ficar inabilitada para exercer funções públicas.

De acordo com Arguelhes (2016), ao separar o julgamento em dois, o STF se afastou tanto de decisão proferida no caso Collor (em 1992) quanto da decisão proferida em dezembro de 2015 sobre o rito do *impeachment* de Dilma⁴¹. Mas como afastar esses precedentes? Para justificar a votação dupla em 2016,

39 Ibid.

40 Ainda que o procedimento de *impeachment* para o caso Collor tenha sido elaborado pelo próprio STF e proposto no nome do ministro Sydney Sanches, fora no final votado e aprovado pelo Congresso. Conferir: RECONDO, Felipe. Um ministro, dois impeachments. **JOTA Info**, 16 dez. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/um-ministro-dois-impeachments-16122015>. Acesso em: 24 nov. 2018.

41 ARGUELHES, Diego Werneck. Lewandowski e a dupla votação no julgamento de Dilma. **JOTA Info**, 1º set. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/nem-juiz-nem-senador-lewandowski-e-dupla-votacao-no-julgamento-de-dilma-01092016>. Acesso em: 23 nov. 2018.

Lewandowski procurou falar que o precedente Collor sobre o tema não se aplicava porque, como “houve empate entre os ministros e foi necessário convocar ministros do STJ para desempatar, Lewandowski considerou não estar claro se a questão teria sido de fato resolvida pelo Supremo”⁴². Em 2016, portanto, Lewandowski estabeleceu que o caso Collor era um não precedente (posição esta que não foi utilizada em dezembro de 2015, quando o STF foi chamado a analisar a mesma questão). Com isso, podemos dizer que Lewandowski, na presidência do processo de *impeachment* de Dilma, buscou demonstrar que aquele precedente do caso Collor não teria cumprido os requisitos para se tornar um precedente de verdade (dado que houve empate entre ministros do STF, tendo sido chamados ministros do STJ)⁴³. Realizar esta distinção entre um precedente e não precedente era, na verdade, uma justificativa para Lewandowski afastar sua aplicação no caso de Dilma e, com isso, conseguir realizar a votação dupla⁴⁴.

Dessa forma, seja qual for a decisão a ser tomada, parece que atores olham para decisões passadas, que podem aumentar ou diminuir poderes para os agentes futuros. Não necessariamente irão seguir os precedentes (como mostra a dupla votação no processo de *impeachment*). Não necessariamente concordarão sobre como o precedente vincula decisões futuras (como mostra o embate sobre chapa avulsa e voto secreto). O que parece ser a regra é que precedentes são considerados em decisões futuras. Seja para uma decisão sobre mérito, seja sobre alocação de autoridade, precedentes diminuem os custos para quem quer segui-los e aumenta o ônus para quem quer desconsiderá-los.

Mas não só para precedentes que atores políticos olham. Certamente a existência de precedentes facilita (ou dificulta) a tomada de decisões no futuro, mas outros fatores também são relevantes. O objetivo de parlamentares é, muitas vezes, tentar limitar o poder de agenda do presidente da República. Alguns fatores podem alterar essas oportunidades: a força do presidente naquele momento específico de seu mandato, a força e desenvoltura do senador que ocupa a presidência do Senado, a justificativa que foi usada⁴⁵. Como veremos

42 Ibid.

43 RECONDO, Felipe. Collor x Dilma: ritos parecidos, condenações diferentes. **JOTA Info**, 31º ago. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/collor-x-dilma-ritos-semelhantes-condenacoes-diferentes-31082016>. Acesso em: 23 out. 2018.

44 É interessante notar que, neste caso, Lewandowski não atuava meramente como ministro do STF — que poderia optar legitimamente por modificar precedentes do próprio STF em sessão plenária —, mas sim presidente do processo de *impeachment* no Senado. Dessa forma, não é possível falar que houve uma superação de precedentes ou quaisquer técnicas legítimas que o próprio Judiciário pode tomar para rever suas decisões. Conferir: ARGUELHES, Diego Werneck. Lewandowski e a dupla votação no julgamento de Dilma. **JOTA Info**, 1º set. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/nem-juiz-nem-senador-lewandowski-e-dupla-votacao-no-julgamento-de-dilma-01092016>. Acesso em: 23 nov. 2018.

45 Entrevista concedida por Beto Vasconcelos.

na seção 5, tentativas de devoluções ocorreram muitas vezes em relação a medidas impopulares adotadas pela Presidência da República. Tendo em vista que presidentes editam muitas medidas provisórias, será que há cálculos estratégicos do Congresso que indiquem esperar uma medida impopular para utilizá-la como justificativa para aumentar suas próprias prerrogativas? Veremos que isso parece ter ocorrido com a devolução da MP sobre desoneração da folha de pagamentos em 2015.

Seja como for, uma tomada de decisão no presente poderá gerar influências no futuro. Cada vez que uma medida que restrinja o poder de agenda é aprovada pelo Congresso, ficará mais fácil utilizar a justificativa baseada em precedentes para impor novamente aquela restrição. Se for bem-sucedida uma série de vezes, há grandes probabilidades de que aquele poder ficará cada vez mais consolidado e que a sua utilização dependa cada vez menos de conjunturas (i.e., a fraqueza presidencial momentânea).

4 Metodologia

Até o momento, apresentamos a existência de conflitos **sobre** as regras (seção 2.2) e que podem gerar precedentes (seção 3) a serem utilizados para influenciar na tomada de decisões futuras (primeiro e o segundo passo do argumento central deste trabalho). No entanto, falta entender como presidentes fracos criam as oportunidades de gerar conflitos **sobre** as regras (terceiro passo do argumento). Para isso, é necessário entender em que contextos estas disputas **sobre** as regras parecem ocorrer e estabelecer a metodologia para avaliar a força presidencial que será aplicada na seção 5 para tentar demonstrar diferenças que podem explicar por que a devolução de MP foi bem-sucedida em um caso e não no outro.

Três parecem ser os fatores relevantes: a presidente Dilma, diferentemente de Lula, era fraca tanto de modo absoluto (isto é, tem baixa popularidade e baixa taxa de sucesso legislativo) e de modo relativo (ou seja, é necessário que o presidente do Senado seja forte o suficiente para tentar expandir seus próprios poderes em detrimento dos poderes presidenciais); nos dois casos, contudo, parece ter sido necessária uma medida impopular que sirva como estopim para justificar os objetivos de *self-aggrandizement* do presidente do Senado.

Isto pressupõe a existência de métricas para avaliar a força presidencial absoluta — isto é, sem comparar a força presidencial com a força de outros Poderes (e.g., Congresso)⁴⁶. Para tanto, utilizaremos dados anuais sobre (i) popularidade presidencial e (ii) taxa de sucesso do Executivo (isto é, considerando o universo de projetos de lei apresentados pelo presidente, taxa de sucesso se

46 Esta é, inclusive, a condição mais relevante para a nossa análise. Ela parece ser decisiva para que ocorra a perda de poderes para o cargo da Presidência da República.

refere à porcentagem de projetos que foram aprovados no Congresso dentro deste universo)⁴⁷.

A taxa anual de sucesso legislativo consiste em “analisar os projetos de lei aprovados em relação aos não aprovados e também o modo, por quem e quais tipos de projetos foram aprovados num determinado espaço de tempo”⁴⁸. Darrieux (2018), utilizando dados cedidos pelo Banco de Dados Legislativos do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap), demonstra que a taxa de sucesso legislativo de Dilma no ano de 2015 foi a mais baixa da série histórica desde FHC, em valores pouco maiores do que 40%. Já no período de 2008, Lula tinha uma taxa de sucesso de aproximadamente 80%⁴⁹.

Passando à análise dos dados sobre popularidade presidencial, buscamos informações sobre séries históricas desenvolvidas pelo Instituto Datafolha⁵⁰. Em 19 de novembro de 2008 (tentativa de devolução da MP das filantrópicas), o governo Lula estava em seu segundo maior momento de popularidade, com 64% a 70% da população considerando-o ótimo ou bom. Já a avaliação da popularidade do governo Dilma em 3 de março de 2015 (data da devolução da MP sobre desoneração da folha de pagamentos) era baixa, com aprovação entre 13% e 23%.

Pelos dados analisados tanto de sucesso legislativo quanto de popularidade, é seguro dizermos que, no momento das tentativas de devolução das MP que analisaremos na seção 5, Lula era considerado um presidente extremamente forte ao passo que Dilma encontrava-se extremamente fragilizada politicamente.

5 Caso da devolução de medidas provisórias

Presidentes da República têm amplos poderes legislativos, que garantem o controle de agenda tanto para gerir quais serão as propostas apresentadas ao Congresso quanto o *timing* de sua apreciação. O presidente tem poder exclusivo de iniciar a legislação em determinadas áreas — de modo que, caso a proposta que pretenda fazer tenha possibilidade de modificar o *status quo* desfavoravelmente a seus interesses, poderá se antecipar para não realizar tal

47 Agradecemos a Carlos Pereira pelas sugestões. Por sua sugestão, não utilizamos o Índice de Custo de Governo (ICG), mas, caso tivéssemos utilizado, os resultados seriam os mesmos: Dilma seria considerada uma presidente fraca e Lula um presidente forte.

48 DARRIEUX, Rodolfo Scotelaro Porto. **O contexto eleitoral e a produção legislativa. Como a eleição impacta no processo legislativo?** IESP nas Eleições, 18 jun. 2018. Disponível em: <http://iespnaseleicoes.com.br/o-contexto-eleitoral-e-a-producao-legislativa-como-a-eleicao-impacta-no-processo-legislativo/>. Acesso em: 27 nov. 2018.

49 DARRIEUX, op. cit.

50 Informações retiradas de “Avaliação do presidente Lula - 14 e 15/10/2010” realizada pelo Instituto de Pesquisas Datafolha e “Avaliação da presidente Dilma Rousseff — PO813859 — 07 e 08/04/2016” realizada pelo Instituto de Pesquisas Datafolha.

proposta — e também o poder unilateral de forçar a apreciação de matérias por meio das solicitações de urgência⁵¹.

No entanto, o poder mais expressivo controlado por presidentes é a edição de MP, nos casos de relevância e urgência. Como seus efeitos passam a vigor a partir da data de sua publicação, o Congresso não poderá optar por um *status quo* anterior à promulgação da medida. Resta apenas a opção entre rejeitar a medida provisória — após ela já ter surtido efeitos — ou convertê-la em lei. Em qualquer das hipóteses, a literatura aponta que, por “surtir efeito no ato de sua promulgação, o recurso à edição de MP é uma arma poderosa nas mãos do Executivo”⁵².

Prevista no art. 62 da CRFB⁵³, a “medida provisória produz, ao ser editada, dois efeitos básicos: inova a ordem jurídica imediatamente e provoca o Congresso Nacional a deliberar sobre o assunto”⁵⁴. Após sua publicação, o presidente da República deverá encaminhá-la imediatamente ao Congresso Nacional, por meio de mensagem presidencial.

Em seguida, a comissão mista de deputados e senadores deverá examinar e dar parecer sobre a medida provisória (art. 62, § 9º, CRFB)⁵⁵. Segue, então, para o procedimento de análise da Câmara dos Deputados (art. 62, § 8º, CRFB), devendo ser apreciada em 45 dias. Caso sua apreciação não ocorra neste prazo, irá sobrestar as deliberações sobre projetos de leis ordinárias que possam ser objeto de MP (art. 64, § 2º, CRFB⁵⁶ e MS 27.931 do STF⁵⁷).

O prazo para a apreciação da medida provisória no Congresso é de sessenta dias (art. 62, § 3º, CRFB), iniciado com a publicação do ato normativo. Haverá prorrogação automática deste prazo se a votação não estiver encerrada nas duas Casas do Congresso, isto é, trata-se de prorrogação automática. Dessa forma, normalmente diz-se que o prazo de vigência da medida provisória é de 120 dias. Porém, “a medida provisória pode vir a durar bem mais do que

51 FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. **Lua Nova**, v. 44, p. 86-93, 1998.

52 Ibid., p. 89.

53 Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

54 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

55 § 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

56 § 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. (Redação dada pela EC nº 32, de 2001)

57 MENDES, op. cit., p. 962, nota 143.

isso. Isso porque, se o Congresso Nacional estiver em recesso, a contagem do prazo de eficácia da MP é suspensa”⁵⁸ (art. 62, § 4º, CRFB).

MP têm sido vistas como o instrumento legislativo mais relevante à disposição do Chefe do Poder Executivo. Fundamentando esse ponto, a literatura não apenas ressalta a possibilidade de alterar o *status quo* imediatamente, como também o Legislativo não poder adentrar discussões sobre a relevância e urgência⁵⁹. Portanto, a hipótese da literatura era de que, para evitar conflitos sobre o tema, o Congresso abriria mão de suas próprias competências em favor do Executivo⁶⁰.

No entanto, conforme demonstraremos nas seções seguintes, os poderes do Chefe do Executivo foram limitados pelo Congresso. A hipótese é de que a ausência de força política da presidente Dilma Rousseff — medida por baixa popularidade e reduzido percentual de aprovação de medidas no Congresso — permitiu que o presidente do Senado realizasse a “devolução” de MP, cessando sua vigência imediatamente. A possibilidade de devolução de MP (que não está prevista em regimento, leis ou CRFB) desnatura a característica essencial da medida, sua capacidade de alterar o *status quo* imediatamente a partir de sua expedição. Torna-se, portanto, um poder muito menos relevante à disposição do presidente da República.

A tentativa de devolução de Medidas Provisórias ocorreu ao menos quatro vezes desde a promulgação da CRFB/1988. Mas, em apenas dois casos, é possível verificarmos interações estratégicas e diretas entre presidentes da República e presidentes do Senado: (i) a tentativa frustrada de devolução da MP nº 446/2008 pelo senador Garibaldi ao presidente Lula e (ii) a efetiva devolução da MP nº 669/2015 pelo senador Renan Calheiros à presidente Dilma.⁶¹ Já

58 Ibid., p. 964.

59 Para uma revisão de literatura sobre o que compõe os requisitos de relevância e urgência, ver: ABRAMOVAY, Pedro Vieira. **Separação de poderes e medidas provisórias**. Rio de Janeiro: Elsevier: Faculdade de Direito da FGV, 2012. p. 63-67.

60 Nesta época, ressaltava-se também o poder de reeditar MP, o que foi alterado pela EC nº 32/2001.

61 Em outros dois outros casos, não é possível perceber esta relação de conflito direta entre o presidente do Senado e o presidente da República.

O primeiro refere-se à tentativa de devolução da MP nº 33/1989 pelo então presidente em exercício do Senado, José Ignácio Ferreira, ao presidente José Sarney. Porém, neste caso, o senador Nelson Carneiro reassumiu a presidência do Senado e, portanto, revogou a decisão tomada pelo presidente em exercício. Como se trata de fatores imprevisíveis e externos à vontade do presidente do Senado, não é possível analisarmos este caso sob a hipótese em estudo (MATAIS, Andreza. Senado devolve MP das filantrópicas. **Folha de S. Paulo**, 20 nov. 2008. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2011200817.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.).

O segundo caso trata da ameaça de devolução da MP nº 842/2018 ao presidente Michel Temer. Neste caso, o presidente do Senado, Eunício Oliveira, cogitou devolver a MP e comunicou tal fato à imprensa. O senador, no entanto, optou por não a devolver. Justificou que “não vou criar um problema institucional neste momento de tantas dificuldades. Eu vou

a ameaça de devolução da MP nº 842/2018 ao presidente da República Michel Temer será analisada na seção 6, demonstrando que ninguém questionou o poder de o presidente do Senado devolver medidas provisórias — o que pode demonstrar que Dilma gerou um legado de perda de poderes para o cargo da Presidência da República.

Para entendermos a relação entre a perda de poderes referentes à MP, analisaremos dois casos. Na seção 5.1, utilizaremos o *framework* desenvolvido na seção 4 para caracterizar o primeiro e segundo mandatos do presidente Lula como um “governo forte” para, em seguida, analisarmos a tentativa frustrada de devolução da MP nº 446/2008. Já na seção 5.2 caracterizaremos o período do governo Dilma como um “governo fraco” e, posteriormente, passaremos a discutir a devolução da MP nº 669/2015.

Os dois casos que narraremos nesta seção podem ser resumidos pelas variáveis presentes no seguinte quadro:

	Presidente	Popularidade	Taxa de sucesso	Força presidente do Senado	Justificativa utilizada	Resultado aplicação poderes presidente
MP nº 446/2008	Lula	Alta	Alta	Alta	Forte	Não devolução
MP nº 669/2015	Dilma	Baixa	Baixa	Média	Forte	Devolução

Em suma, analisando as diferenças entre os casos narrados, entendemos que se diferenciam a força presidencial (representada pela popularidade e taxa de sucesso do Executivo) e a presença de atores fortes no Senado que conseguiram enfrentar a Presidência da República. Também analisaremos o que parece ser uma constante à utilização de justificativas fortes para a tentativa de devolução, isto é, a presença de medidas impopulares.

receber a medida provisória e caberá à comissão analisar a constitucionalidade dela porque ela trata de vetos, de matérias que foram vetadas. Matérias que foram vetadas, elas são irreversíveis”. Ao final, a MP foi aprovada. (CARAM, Bernardo. Eunício cogita devolver MP que barra refinanciamento de dívidas rurais. **Folha de S.Paulo**, 26 jun. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/06/eunicio-cogita-devolver-mp-que-barra-refinanciamento-de-dividas-rurais.shtml>. Acesso em: 18 out. 2018; SENADO FEDERAL. **Eunício anuncia que não vai devolver MP que altera renegociação de dívidas rurais**. 3 jul. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/07/03/eunicio-anuncia-que-nao-vai-devolver-mp-que-altera-renegociacao-de-dividas-rurais>. Acesso em: 18 out. 2018; CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Comissão aprova MP sobre a renegociação de dívidas rurais e amplia beneficiários**. 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/AGROPECUARIA/561386-COMISSAO-APROVA-MP-SOBRE-A-RENEGOCIACAO-DE-DIVIDAS-RURAI-E-AMPLIA-BENEFICIARIOS.html>. Acesso em: 18 out. 2018.)

5.1 A tentativa frustrada de devolução da MP nº 446/2008 (“MP das Filantrópicas”)

Conforme demonstrado acima, no momento em que ocorreu a tentativa de devolução da MP nº 446/2008, o governo Lula estava em seu segundo maior momento de popularidade, com 70% da população considerando-o ótimo ou bom. Já sua taxa de sucesso legislativo foi de aproximadamente 80% durante o ano de 2008 (uma das mais altas da história brasileira, com o valor mais alto alcançando em torno de 90%). Assim, de acordo com nossas métricas, Lula era um presidente extremamente forte durante a tentativa de devolução da MP das filantrópicas.

Após a caracterização de Lula como um “presidente forte”, podemos entender os motivos pelos quais não foi possível a devolução da MP nº 446, editada em 7 de novembro de 2008 pelo presidente Lula. Ela dispunha sobre a certificação de entidades beneficentes de assistente social, regulando os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social.

Desde o momento de sua edição, a MP foi contestada por parlamentares do governo e da oposição, sendo o principal ponto de discussão o perdão dado pelo governo a entidades que cujo registro estava suspenso por suspeita de fraudes. Com a edição da MP, “receberiam de volta o certificado de entidade filantrópica e o direito aos benefícios tributários contemplados na MP”⁶². A justificativa do governo para a edição da MP era de que não haveria tempo para julgar os processos antes de os certificados vencerem, de modo que os serviços prestados pelas entidades teriam de ser suspensos⁶³. Isso desagradou até a base do governo. O senador Flávio Arns (PT-PR) criticou a MP dizendo que: “Nem a base do governo, eu e outros que atuam no setor não fomos consultados, fomos pegos de surpresa. Isso é uma coisa incorrigível. Não entendo por que não se faz uma discussão sobre um marco regulatório para o terceiro setor”⁶⁴.

Antes mesmo de a MP chegar ao Senado, o presidente do Senado, Garibaldi Alves (PMDB-RN), sugeriu “ao governo que pedisse a matéria de volta pelo menos para a revisão”⁶⁵. Também anunciou que procuraria criar obstáculos à tramitação da MP. Ainda sem anunciar qual medida pretendia tomar, disse que

62 BRESCIANI, Eduardo. Garibaldi devolve MP das filantrópicas. **G1**, 19 nov. 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/O,MUL868456-5601,00-GARIBALDI+DEVOLVE+MP+DAS+FILANTROPICAS.html>. Acesso em: 19 out. 2018.

63 CORREIO BRAZILIENSE. **Presidente do Senado pede retirada da MP da Filantropia do Congresso**. 19 nov. 2008. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2008/11/19/interna_politica,50169/amp.html. Acesso em: 21 out. 2018.

64 BRESCIANI, Eduardo. Garibaldi devolve MP das filantrópicas. **G1**, 19 nov. 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/O,MUL868456-5601,00-GARIBALDI+DEVOLVE+MP+DAS+FILANTROPICAS.html>. Acesso em: 19 out. 2018.

65 BRESCIANI, Eduardo. Garibaldi pede que governo “revise” MP das filantrópicas. **G1**, 13 ago. 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/O,MUL861291-5601,00-GARIBALDI+PEDE+QUE+GOVERNO+REVISE+MP+DAS+FILANTROPICAS.html>. Acesso em: 19 out. 2018.

“vamos procurar fazer com que esta MP não tramite tão facilmente como as outras vêm tramitando. Quero colocar uma pedra no caminho da MP”.⁶⁶ Dias depois, disse ao líder governista no Senado, Romero Jucá (PMDB-RR), que “se eu fosse o senhor, recomendaria ao ministro que o próprio governo retirasse e reeditasse essa MP, que já está sendo chamada de MP bichada”.⁶⁷

Mas será que esta era uma ameaça crível por parte do senador? Garibaldi estava no cargo apenas provisoriamente, em mandato tampão, dado que Renan Calheiros renunciara para escapar de processo de cassação.⁶⁸ Um presidente do Senado eleito para mandato tampão e em meio a uma crise do Senado teria condições de “colocar uma pedra no caminho da MP”?

Tendo em vista que Lula e Inácio Arruda (PC do B-CE) não responderam às requisições de alterações da MP, o senador Garibaldi optou por devolver ao presidente da República a MP nº 446⁶⁹. Sua decisão foi anunciada na sessão do dia 19 de novembro de 2008 e fundamentou-se nas competências previstas no art. 48, incisos II e XI, do Regimento Interno do Senado Federal de proteção de competências do Senado.⁷⁰ Em suas palavras:

O SR. PRESIDENTE (Garibaldi Alves Filho. PMDB — RN) — Sr^{as} e Srs. Senadores, quero anunciar ao Plenário que decidi lançar mão das competências previstas no art. 48, incisos II e XI, do Regimento Interno do Senado Federal, que atribui ao Presidente do Senado Federal os deveres de velar pelo respeito às prerrogativas do Senado e às imunidades dos Senadores, bem como impugnar as proposições que lhe pareçam contrárias à Constituição, às leis ou a este Regimento, devolvendo a Medida Provisória nº 446 ao seu autor.

66 BRESCIANI, Eduardo. Garibaldi promete “pedra no caminho” de MP que dá anistia a filantrópicos. **G1**, 17 ago. 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/O,MUL-865356-5601,00-GARIBALDI+PROMETE+PEDRA+NO+CAMINHO+DE+MP+QUE+DA+A-NISTIA+A+FILANTROPICAS.html>. Acesso em: 19 out. 2018.

67 BRESCIANI, Eduardo. Garibaldi recomenda ao governo que retire MP das filantrópicos. **G1**, 19 ago. 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/O,MUL868400-5601,00-GARIBALDI+RECOMENDA+AO+GOVERNO+QUE+RETIRE+MP+DAS+FILANTROPICAS.html>. Acesso em: 19 out. 2018.

68 MATAIS, Andreza. Garibaldi vai comandar Senado após crise. **Folha de S.Paulo**, 13 dez. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1312200714.htm>. Acesso em: 24 nov. 2018.

69 CONGRESSO EM FOCO. Garibaldi “devolve” a Lula MP que anistia filantrópicos. 19 nov. 2008. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/garibaldi-devolve-a-lula-mp-que-anistia-filantropicas/>. Acesso em: 19 out. 2018.

70 Art. 48. Ao Presidente compete:

II - velar pelo respeito às prerrogativas do Senado e às imunidades dos Senadores;

XI - impugnar as proposições que lhe pareçam contrárias à Constituição, às leis, ou a este Regimento, ressalvado ao autor recurso para o Plenário, que decidirá após audiência da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania;

[...] Dentre as prerrogativas do Senado e, por que não dizê-lo, do Parlamento como um todo, certamente a mais relevante é a da produção legislativa, que lhe é conferida pelo art. 48 da Carta Magna, segundo o qual cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor sobre todas as matérias de competência da União. Ora, na linha do recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, e conforme há muito já era sentido e denunciado pelos Srs. Senadores, o que vem ocorrendo com a utilização das medidas provisórias, objetivamente, é uma inversão desses papéis, em que o Presidente da República lança mão desse instrumento excepcional para dispor sobre as matérias de competência da União, deixando ao Congresso função semelhante à de “sancionar” os diplomas legais adotados por Sua Excelência. Isso se dá com evidente deturpação de conceitos que, redigidos em escorregadia língua portuguesa, não deixam margens a dúvidas: somente em casos de urgência e relevância admite-se a edição de medidas provisórias. Vinham sendo, são contrárias à Constituição Federal, hipótese já acolhida pelo já citado inciso XI do art. 48 do Regimento Interno do Senado Federal. Portanto, fica devolvida [...]”⁷¹.

Após a devolução da MP pelo senador Garibaldi, fundamentada na prerrogativa de o presidente do Senado velar pelo respeito às prerrogativas da Casa, o senador Romero Jucá solicitou esclarecimentos sobre a possibilidade de recorrer do ato da Presidência da Mesa para o Plenário.⁷² Jucá considerava que, constitucionalmente, “a decisão de definir ou não constitucionalidade cabe ao Plenário das duas Casas, posteriormente, por meio de parecer de relator e das Comissões de Constituição e Justiça”⁷³. O presidente do Senado

71 Diário do Senado Federal, 20 de novembro de 2008. (p. 46697-46698).

72 CONGRESSO EM FOCO. A “devolução” da MP 669: erro jurídico e instabilidade institucional. 4 mar. 2015. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunas/a-%e2%80%9cdevolucao%e2%80%9d-da-mp-669-erro-juridico-e-instabilidade-institucional/>. Acesso em: 19 set. 2018.

73 O SR. ROMERO JUCÁ (PMDB — RR. Pela ordem. Sem revisão do orador.) — Sr. Presidente, vou falar aqui como Líder do Governo e como Senador da República, não analisando a posição do Presidente Garibaldi Alves, não a figura de V. Ex^a, mas um ato da Presidência da Mesa, que é exercida por V. Ex^a hoje, mas poderá ser exercida por qualquer pessoa no futuro.

Questiono à Mesa se posso recorrer da decisão de V. Ex^a para o Plenário. Preocupa-me essa decisão, porque ela abre um precedente. Amanhã, poderá ser invocada, na defesa do Senado, a devolução de qualquer matéria.

Na constitucionalidade, a decisão de definir ou não constitucionalidade cabe ao Plenário das duas Casas, posteriormente, por meio de parecer de relator e das Comissões de Constituição e Justiça.

A medida geral que V. Ex^a invoca em defesa do Senado é, na minha humilde visão, o Governo, ao não prevaricar e ao tomar uma decisão que, dentro do Estado Democrático de Di-

afirmou que seria cabível o recurso⁷⁴ e, portanto, Jucá recorreu ao plenário para o pronunciamento sobre a devolução, ouvida a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ)⁷⁵.

Com a interposição de recurso ao plenário e à CCJ, a decisão de devolver a MP ao presidente Lula não alcançou seus efeitos⁷⁶. Isto é, a MP continuou a tramitar no Senado Federal, como se a devolução pelo presidente do Senado não tivesse ocorrido⁷⁷. Durante as discussões em plenário, o senador Aloizio Mercadante questionou se, com o recurso à CCJ, estaria a MP de fato devolvida:

Porque V. Ex^a devolveu, mas o Líder do Governo recorreu à Comissão de Constituição e Justiça. Eu pergunto a V. Ex^a: foi devolvida ou está na Comissão de Constituição e Justiça? Foi devolvida ou está na Comissão de Constituição e Justiça? Eu acho que está na Comissão de Constituição e Justiça. Se está na Comissão de Constituição e Justiça, V. Ex^a não podia devolver. Se está na Comissão de Constituição e Justiça, V. Ex^a não podia devolver, porque ela está em tramitação na instituição Senado Federal. Só quem pode devolver, Sr. Presidente, é o Plenário. Só quem tem a soberania é o Plenário, por meio do mandato popular que é o voto de cada um dos Senadores que têm de assumir no painel a sua posição, votar com a sua consciência, com as suas convicções⁷⁸.

reito, dá condição a mais de mil instituições de se defenderem dentro das regras vigentes tributárias. Na verdade, o Governo está agindo em defesa da democracia e do direito de todos.

Como V. Ex^a já estava com decisão tomada, lamento não ter ouvido minhas explicações, porque o voto e a decisão de V. Ex^a já estavam colocados por escrito. Portanto, infelizmente, cheguei atrasado. Se soubesse da posição de V. Ex^a, eu teria falado ontem, mas, infelizmente, esta matéria só foi colocada hoje.

Invocando o art. 408, questiono se pode haver uma chamada de decisão para o Plenário ou para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

74 O SR. PRESIDENTE (Garibaldi Alves Filho. PMDB — RN) — Agradeço a V. Ex^a. É cabível recurso, segundo o art. 48, já citado por mim. Portanto, cabe recurso para o Plenário, que decidirá após audiência da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. (Diário do Senado Federal, 20 novembro de 2008, p. 46698)

75 CONGRESSO EM FOCO. A “devolução” da MP 669: erro jurídico e instabilidade institucional. 4 mar. 2015. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunas/a-%e2%80%9cdevolucao%e2%80%9d-da-mp-669-erro-juridico-e-instabilidade-institucional/>. Acesso em: 19 set. 2018.

76 BRESCIANI, Eduardo. Líder do governo no Senado recorre de devolução da MP das filantropias. **G1**, 19 ago. 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/O,MUL-868503-5601,00-LIDER+DO+GOVERNO+NO+SENADO+RECORRE+DE+DEVOLUCAO+-DA+MP+DAS+FILANTROPICAS.html>. Acesso em: 21 out. 2018.

77 CONGRESSO EM FOCO. A “devolução” da MP 669: erro jurídico e instabilidade institucional. 4 mar. 2015. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunas/a-%e2%80%9cdevolucao%e2%80%9d-da-mp-669-erro-juridico-e-instabilidade-institucional/>. Acesso em: 19 set. 2018.

78 Diário do Senado Federal, 20 de novembro de 2008, p. 46703.

A discussão realizada pelo plenário da Câmara gerou divisão sobre o tema. De um lado, parabenizava-se o Senador Garibaldi por aumentar a independência da Casa⁷⁹. Por outro, alegava-se que o presidente do Senado não tem competência para devolver medida provisória por considerar que não estão presentes os requisitos de relevância e urgência⁸⁰. O Presidente Lula também se manifestou para afirmar que a decisão de Garibaldi não estava amparada em ato legal⁸¹.

Repita-se, houve questionamento sobre a autoridade do presidente do Senado para devolver medidas provisórias. Como veremos na seção 5.2, posteriormente, a autoridade do presidente do Senado não foi questionada, mesmo por aqueles que tentavam evitar a devolução. Este é um ponto importante que retomaremos na seção 6.

79 Nesse sentido, confira-se a fala do Senador Demóstenes Torres (DEM-GO): “Por que o Supremo Tribunal Federal decidiu acerca do nepotismo? Onde há uma lei escrita a respeito disso? Não há. O Supremo decidiu, porque, segundo o próprio Supremo Tribunal Federal, o nepotismo afronta o princípio da moralidade. E o que V. Ex^a decidiu aqui? Decidiu que dar anistia fiscal, permitir que entidades de cunho filantrópico continuem recebendo recurso do Governo Federal, embora suas contas estejam rejeitadas ou questionadas, é algo indecente, imoral. O Congresso não pode sequer receber uma medida provisória com esse cunho, Sr. Presidente”. (Diário do Senado Federal, 20 de novembro de 2008, p. 46702)

No mesmo sentido se manifestou o Senador SR. FLÁVIO ARNS (Bloco/PT-PR): “esse assunto vem sendo discutido há muito tempo, recados foram dados, mensagens, diálogos foram feitos, mas nunca se escutou a parte do Senado Federal, do Congresso Nacional. Então, V. Ex^a, no dia de hoje, tomou uma atitude que vai fazer com que todas as pessoas, sejam elas do Executivo, do Legislativo, do Judiciário ou da sociedade, pensem sobre medidas provisórias, sobre sua propriedade, admissibilidade, sobre a falta de diálogo nas medidas provisórias, a falta de entendimento, sobre o fato de não se escutar a sociedade, como se fez no caso da Medida Provisória nº 446”. (Diário do Senado Federal, 20 de novembro de 2008, p. 46709)

80 Nesse sentido, confira-se a fala do Senador Aloizio Mercadante (Bloco/PT-SP): “A medida provisória tem força de lei. A Constituição é claríssima. No art. 62, inciso V e IX, a Constituição diz que apenas o Plenário do Senado e o Plenário da Câmara podem recusar uma medida provisória se considerarem que não há urgência e relevância. Na Constituição brasileira, não é dada atribuição a V. Ex^a no sentido de, durante a tramitação de uma matéria que tem força de lei no Congresso Nacional, poder chamar a si a responsabilidade que é do Plenário, de decidir sem ouvir o Plenário e de devolver aquilo que V. Ex^a já havia acolhido, encaminhado, instituído. V. Ex^a não poderia devolvê-la.

O Senado pode fazer isto e já o fez: o Senado já votou “não” à medida provisória, já disse que não havia urgência e relevância ou que, no mérito, ela deveria ser alterada ou transformada em projeto de lei, para ser encaminhada. Mas o Plenário não pode ser substituído pela Presidência, muito menos nessas condições. Como podemos instituir esse tipo de procedimento?

O próximo Presidente, que talvez não tenha a vivência política de V. Ex^a, ou que tenha uma atitude oposicionista em relação ao Governo, ou que tenha uma análise que discorde de uma medida provisória, pode, no meio da tramitação, suspender o processo legislativo e encaminhar ao Executivo? Onde está escrito isso? Em que momento da Constituição brasileira ou do Regimento do Presidente da Casa tem esse poder? Não o tem, Sr. Presidente. Não tem esse poder. O Presidente não tem esse poder”. (Diário do Senado Federal, 20 de novembro de 2008, p. 46703)

81 MONTEIRO, Tânia. Lula ficou “chocado” com decisão de Garibaldi sobre MP 446. **O Estado de São Paulo**, 20 nov. 2008. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,lula-ficou-chocado-com-decisao-de-garibaldi-sobre-mp-446,281078>. Acesso em: 21 out. 2018.

Três dias após o anúncio da devolução da MP pelo senador Garibaldi, a Consultoria Legislativa do Senado divulgou parecer técnico que fora encomendado pelo presidente da CCJ, o senador Marco Maciel (DEM-PE)⁸². Este parecer confirma o posicionamento apresentado na sessão pelo senador Aloizio Mercadante de que a MP continuou vigendo: “A devolução da Medida Provisória nº 446, de 2008, é um ato inválido e, como tal, nulo, a medida deve continuar a sua tramitação normalmente e seus efeitos jurídicos permanecem em pleno vigor, até a deliberação do Congresso Nacional sobre a matéria”⁸³.

No parecer, contesta-se o fundamento para a devolução apresentado pelo presidente do Senado, isto é, os incisos II e XI do artigo 48 do Regimento Interno do Senado⁸⁴. De acordo com o parecer, o inciso II não é aplicável ao caso porque é “norma meramente programática e somente tem eficácia se combinado com outras que lhe dêem [sic] conteúdo”. Já quanto ao inciso XI utilizado por Garibaldi, o poder para o presidente do Congresso impugnar as proposições que lhe pareçam contrárias à CRFB não é um poder que se aplica a quaisquer tipos de propostas legislativas. No mesmo sentido, outro parecer técnico, assinado por Mozart Vianna (secretário-geral da Mesa) e por Fernando Sabóia (chefe da Assessoria Técnico-Jurídica da secretaria Geral da Mesa), o Senado não teria poder de devolver MP “porque elas já produzem efeitos jurídicos imediatos aos serem publicadas”⁸⁵. Em uma das conclusões do parecer, é dito que:

do ponto de vista material, não tem o presidente competência para devolver medida provisória ao Presidente da República tendo em vista o fato de esse tipo de ato ter força de lei desde a sua edição e não poder, em consequência [sic] disso, ser eliminado do mundo jurídico salvo manifestação política e soberana do Poder Legislativo, na forma prevista na Constituição.

82 Tal parecer não foi divulgado a público. Tentamos obter acesso por meio da lei de acesso à informação, mas tal acesso foi negado. Há apenas comentários sobre seus pontos principais na matéria: CONGRESSO EM FOCO. **Parecer diz que devolução de MP 446 é inválida**. 4 dez. 2008. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/parecer-diz-que-devolucao-de-mp-446-e-invalida/>. Acesso em: 19 out. 2018.

83 Ibid.

84 Tanto na sessão do plenário da Câmara dos Deputados quanto no parecer da consultoria do Senado, há argumentos de que o presidente do Senado não poderia ter devolvido a MP no dia 19 de novembro. Tal conduta teria sido “totalmente intempestiva”, dado que até o dia 16 de novembro haviam sido apresentadas 268 emendas ao texto da MP, de modo que permitir a devolução após a realização de atos na Casa implicaria permitir que o presidente do Senado pudesse devolver MP a qualquer momento. Como se trata de argumento que não nega diretamente a autoridade do presidente do Senado e sim o *timing* da decisão, optamos por não o explorar mais profundamente.

85 CONGRESSO EM FOCO. **Parecer diz que devolução de MP 446 é inválida**. 4 dez. 2008. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/parecer-diz-que-devolucao-de-mp-446-e-invalida/>. Acesso em: 19 out. 2018.

[...] se entende, como é nossa convicção, que a devolução da Medida Provisória nº 446, de 2008, é um ato inválido e, como tal, nulo, a medida deve continuar a sua tramitação normalmente e seus efeitos jurídicos permanecem em pleno vigor, até a deliberação do Congresso Nacional sobre a matéria⁸⁶.

Todos os questionamentos focaram na falta de autoridade para o presidente do Senado devolver medidas provisórias em 2008. É interessante notar que, conforme demonstraremos, não há esses questionamentos em 2015, quando Renan Calheiros devolve uma MP à Dilma Rousseff. Entre 2008 e 2015, não há devoluções e, em 2015, subitamente todos concordam com a autoridade do presidente do Senado. Discutiremos mais a fundo as possíveis variáveis explicativas na seção 6.

Ao final da sessão do dia 19 de novembro de 2008, os senadores optaram por encaminhar a decisão do presidente do Senado à CCJ para apreciação. Com tal acordo, seria possível evitar “desagradável confronto entre uma decisão do Senado e uma decisão da Câmara dos Deputados, para que se procurasse um entendimento na esperança de que o Governo também, em um gesto de humildade, corrija as distorções que existem nessa medida provisória”⁸⁷.

Ocorre que tal julgamento pela CCJ nunca ocorreu e, para evitar o desgaste de anular o ato do senador Garibaldi ou de ter que analisar se o presidente do Senado tinha ou não a competência para devolver MP, o recém empossado presidente do Senado, José Sarney (PMDB-RN), enviou à Câmara a MP nº 446 para apreciação. Já na Câmara dos Deputados, os líderes da oposição e dos partidos governistas acordaram com o presidente da Câmara, Michel Temer (PMDB-SP), em rejeitar a MP em votação em plenário, em sessão do dia 10 de fevereiro de 2009⁸⁸. Com este acordo, visava-se “pacificar polêmicas acerca da proposição e, da mesma forma, permitir a discussão de um projeto adequado que reestruture o sistema de certificação de entidades beneficentes de assistência social”, que seria discutida em regime de “urgência urgentíssima”⁸⁹.

86 CONGRESSO EM FOCO. **As seis principais conclusões do parecer**. 3 dez. 2008. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/as-seis-principais-conclusoes-do-parecer/>. Acesso em: 19 out. 2018.

87 Discurso Senador Heráclito Fortes (DEM — PI), disponível em Diário do Senado Federal, 20 de novembro de 2008, p. 46718.

88 MADUEÑO, Denise. Sarney envia à Câmara MP devolvida por Garibaldi ao Executivo. **O Estado de São Paulo**, 4 fev. 2009. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,sarney-envia-a-camara-mp-devolvida-por-garibaldi-ao-executivo,318304>. Acesso em: 19 out. 2018.

89 CONGRESSO EM FOCO. **A “devolução” da MP 669: erro jurídico e instabilidade institucional**. 4 mar. 2015. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/opiniaao/columas/a-e2%80%9cdevolucao-e2%80%9d-da-mp-669-erro-juridico-e-instabilidade-institucional/>. Acesso em: 19 set. 2018.

Essa discussão de projeto adequado surgiu com a apresentação do Projeto de Lei do Senado nº 462, de 2008, que minorava os pontos controversos da MP nº 446⁹⁰. De acordo com o novo projeto de lei, “as entidades que tiveram certificados renovados em virtude da MP nº 446 terão os processos reavaliados até 31 de dezembro de 2009, sendo os certificados considerados provisórios até a reavaliação. Caso sejam constatadas irregularidades, os Cebas serão cancelados desde a data de ocorrência da infração”⁹¹.

Em suma, apesar de o presidente do Senado ter devolvido a MP, a reação da base do governo foi imediata, solicitando a análise pelo plenário — o que colocou a MP novamente em tramitação, dada a discordância sobre a autoridade do presidente do Senado para devolver MP.

Analisando a sucessão de fatos e os argumentos utilizados, é possível reconstruir a sucessão de eventos como uma tentativa frustrada de o presidente do Senado, aproveitando-se da insatisfação tanto de parlamentares da oposição quanto da base governista para tentar ampliar seus poderes institucionais⁹². Isto é, enxergando potenciais fraquezas na base governista e a ausência de clarificação sobre a autoridade para realizar a devolução de MP, o presidente do Senado tentou ampliar seus próprios poderes. Seu discurso pode se basear na reação do Senado contra a tentativa de usurpação de poderes pela Presidência da República — que estaria se legislando demasiadamente por MP — e também na própria impopularidade da MP nº 446, chamada de “MP da Pilantropia”. Estes argumentos em favor da devolução da MP foram, inclusive, apoiados pela Folha de São Paulo em editorial⁹³.

No entanto, podemos dizer que esta tentativa foi frustrada na medida em que a base governista no Congresso foi suficientemente forte para apoiar e defender o presidente da República. Romero Jucá apresentou questão de ordem para levar a discussão ao plenário e o senador Aloizio Mercadante colocou em dúvida a própria eficácia da devolução da MP pelo presidente do Senado. Utilizaram-se, inclusive, de manifestação do senador Garibaldi meses antes que,

90 SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 462, de 2008**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/88533>. Acesso em: 21 out. 2018.

91 CONGRESSO EM FOCO. **Parecer diz que devolução de MP 446 é inválida**. 4 dez. 2008. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/parecer-diz-que-devolucao-de-mp-446-e-invalida/>. Acesso em: 19 out. 2018.

92 Uma segunda interpretação também seria possível, reconstruindo a sucessão de eventos como uma mera sinalização de que a Presidência da República não poderia se utilizar de medidas provisórias na mesma medida que vinha utilizando. Estaríamos diante de uma tentativa articulada pelo Senado de se defender do abuso na utilização de MP pelo Executivo. No entanto, esta interpretação é ingênua, na medida em que desconsidera o fato de, em outras matérias semelhantes, as medidas provisórias serem aceitas tanto pela oposição quanto pelos partidos governistas no Congresso.

93 FOLHA DE S.PAULO. **Editorial: MP devolvida**. 21 nov. 2008. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2111200802.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

na Decisão 7, de 27 de agosto de 2008, negou que o presidente do Senado pudesse devolver medidas provisórias:

Ninguém falou mais do que eu a respeito do que significam as medidas provisórias. Agora, acho que é hora de agir, mas vou agir à minha maneira. **Não vou, de maneira nenhuma, ferir a Constituição, que não me permite devolver pura e simplesmente as medidas provisórias.** Compreendo o apelo, mas não vou recomendar que votem contra ou a favor de nenhuma medida provisória. Vou apenas determinar à Secretaria-Geral da Mesa que, durante 45 dias, não sejam lidas medidas provisórias nesta Casa, [...]. (Grifos no original)⁹⁴

Todos os ataques e questionamentos foram endereçados à autoridade do presidente do Senado para devolver medidas provisórias. Talvez porque Garibaldi não tivesse força suficiente para garantir a devolução, talvez porque o governo fosse forte. É nesse sentido, portanto, que a tentativa de devolução foi malsucedida, isto é, não teve como resultado a alocação do poder ao presidente do Senado para devolver medidas provisórias. Ou este poder foi negado ao presidente do Senado ou ao menos não houve a clarificação do poder. Em qualquer das interpretações, o presidente do Senado não ganhou novos poderes em face da Presidência da República.

5.2 Devolução da MP nº 669/2015 (“MP de Desoneração da Folha de Pagamentos”)

A análise que realizamos na seção 4 demonstrou que, no momento em que ocorreu a tentativa de devolução da MP nº 669/2015, o governo Dilma estava extremamente debilitado. A popularidade da presidente estava muito baixa, com apenas 13% da população considerando seu governo ótimo ou bom e 62%, ruim ou péssimo. Sua taxa de sucesso legislativo também aponta no mesmo sentido, sendo mais baixa da série histórica desde FHC, em valores pouco maiores do que 40%. Assim, de acordo com nossas métricas, Dilma era uma presidente extremamente frágil politicamente durante a tentativa bem-sucedida de devolução da MP nº 665/2015.

Após a verificação de que é possível qualificar Dilma como uma “presidente fraca”, devemos entender seu legado de perda de poder, com a devolução bem-sucedida da MP nº 669 pelo presidente do Senado, Renan Calheiros.

94 MARQUES, Fábio Henrique Soares Oliveira. **O processo legislativo aplicável à tramitação de medidas provisórias: análise da constitucionalidade do incidente de devolução.** Monografia (Programa de Pós-Graduação), Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados/Cefor, Brasília, 2017.

A MP nº 669, editada em 27 de fevereiro de 2015, modificou a desoneração da folha de pagamentos. A desoneração fazia parte do programa de sustentação de emprego, iniciado em 2011 e ampliado durante o primeiro mandato da presidente Dilma Rousseff, de modo que os “setores contemplados pela medida deixaram de pagar 20% sobre a folha de pagamento para a previdência e passaram a recolher 1% a 2% do faturamento”⁹⁵.

No entanto, em 2015, como parte do programa de ajuste econômico, o governo se comprometeu a alcançar o superávit de 1,2% do Produto Interno Bruto (PIB).⁹⁶ Para tanto, a MP nº 669 aumentou as alíquotas sobre a folha de pagamento para 2,5% a 4,5%, o que diminuiu o número de empresas beneficiadas com a desoneração da folha.⁹⁷ Na prática, houve aumento da carga tributária para aumentar a arrecadação do governo.⁹⁸

Um dia depois de se recusar a comparecer a um jantar organizado pela presidente Dilma Rousseff — declarando que a parceria com o governo estaria “capenga”⁹⁹ —, o presidente do Senado, Renan Calheiros, passou a articular a devolução da MP. Seu discurso fundamentava-se nas alegações de que o governo não poderia aumentar imposto por MP e, mais importante, que caberia ao presidente do Senado, como ator responsável por zelar pelo papel constitucional do Legislativo, devolver MP que sejam consideradas inconstitucionais ou realizadas sem consultar previamente o Congresso Nacional. Em suas palavras:

Durante a semana passada toda, nós reclamamos. Não dá na democracia para continuar usurpando. Como presidente do Congresso cabe a mim zelar pelo papel constitucional do Legislativo. [...] Não é um bom sinal para o ajuste, para a democracia e a estabilidade econômica aumentar imposto por MP. Qualquer ajuste

95 CAMPOS, Eduardo. Fazenda evita comentar decisão de Renan de devolver MP de desonerações. **Valor Econômico**, 3 mar. 2015. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/3935514/fazenda-evita-comentar-decisao-de-renan-de-devolver-mp-de-desoneracoes>. Acesso em: 22 out. 2018.

96 GÓIS, Fábio. Renan devolve medida provisória que reduz desoneração de pagamentos. **Congresso em Foco**, 3 mar. 2015. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/renan-devolve-medida-provisoria-que-desonera-folha/>. Acesso em: 21 out. 2018.

97 CAMPOS, Eduardo. Fazenda evita comentar decisão de Renan de devolver MP de desonerações. **Valor Econômico**, 3 mar. 2015. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/3935514/fazenda-evita-comentar-decisao-de-renan-de-devolver-mp-de-desoneracoes>. Acesso em: 22 out. 2018.

98 GÓIS, Fábio. Renan devolve medida provisória que reduz desoneração de pagamentos. **Congresso em Foco**, 3 mar. 2015. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/renan-devolve-medida-provisoria-que-desonera-folha/>. Acesso em: 21 out. 2018.

99 GÓIS, Fábio. Renan recusa convite para jantar com Dilma e cúpula do PMDB. **Congresso em Foco**, 2 mar. 2015. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/renan-recusa-convite-para-jantar-com-dilma-e-cupula-do-pmdb/>. Acesso em: 21 out. 2018.

tem que ter uma concertação, um pacto. É preciso em qualquer ajuste primeiro ouvir o Congresso Nacional. O governo editou medidas provisórias no recesso, afetou trabalhadores. Agora, afeta o custo de produção, aumenta imposto por MP. O melhor sinal da estabilidade que o Brasil pode emitir é o funcionamento de suas instituições¹⁰⁰.

A ameaça de devolver foi concretizada logo em seguida por ato no qual “declara a perda de eficácia da referida norma”¹⁰¹. Na sessão do dia 3 de março de 2015, o presidente do Senado anunciou a devolução da MP nº 669, utilizando-se de quatro argumentos principais.

Primeiro, Renan justificou o ato de devolver uma MP da mesma forma que o senador Garibaldi fizera quando tentou devolver a MP nº 446. Isto é, baseou-se nas “prerrogativas previstas no art. 48, incisos II e XI, do Regimento Interno do Senado Federal, que atribuem ao presidente do Senado Federal os deveres de velar pelo respeito às prerrogativas do Senado e às imunidades dos Senadores, bem como de impugnar as proposições que lhe pareçam contrárias à Constituição, às leis ou a este Regimento”¹⁰². Esta é exatamente a mesma justificativa dada por Garibaldi Alves em 2008, quando sua tentativa de devolução foi fracassada.

Segundo, o poder Executivo estaria abusando da utilização de medidas provisórias, o que geraria uma crise na Separação de Poderes, dado que a prerrogativa principal do Legislativo seria a produção legislativa¹⁰³. “O Poder Executivo, no entanto, ao abusar das medidas provisórias, que deveriam ser medidas excepcionais, deturpa o conceito mesmo de separação dos Poderes, invertendo os papéis constitucionalmente talhados a cada um dos Poderes da República”¹⁰⁴.

Terceiro, Renan argumentou que não estariam presentes os requisitos de relevância e urgência para a edição da MP. Em sua opinião, “não se pode considerar como urgente a alteração de alíquotas de contribuições previdenciárias, cuja vigência, por força constitucional, deverá aguardar o prazo de noventa dias”. Portanto, a “matéria poderia ser perfeitamente veiculada por projeto de lei

100 LIMA, Vandson. Renan pressiona governo e ameaça devolver MP das desonerações. **Valor Econômico**, 3 mar. 2015. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/3935340/renan-pressiona-governo-e-ameaca-devolver-mp-das-desoneracoes>. Acesso em: 22 out. 2018.

101 Oficializada por meio do Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 5, de 2015 e da Mensagem nº 7 (SF), de 3 de março de 2018.

102 Diário do Senado Federal, Ano LXX Nº 22, quarta-feira, 4 de março de 2015, p. 446.

103 SENADO FEDERAL. **Renan anuncia devolução da MP que reduz desoneração da folha de pagamento**. 3 mar. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/03/03/renan-anuncia-devolucao-da-mp-que-reduz-desoneracao-da-folha-de-pagamento>. Acesso em: 19 out. 2018.

104 Diário do Senado Federal, Ano LXX Nº 022, quarta-feira, 4 de março de 2015, p. 446.

de iniciativa da presidente da República, que ainda dispõe a seu favor da possibilidade da urgência constitucional”¹⁰⁵. Este argumento é particularmente interessante porque parece mostrar que o Congresso não apenas estaria devolvendo MP, mas também que passaria a analisar os requisitos de urgência e relevância das medidas. Isso representa uma virada no comportamento do Congresso que, conforme vimos no início da seção 5, em caso de conflitos, o Congresso tendia a abrir mão de suas próprias competências em favor do Executivo.

Por fim, Renan afirma que a MP nº 669 afrontaria o princípio da segurança jurídica, porque, meses antes, o Congresso Nacional aprovara a MP nº 651/2014 (sancionada como Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014), que tratava sobre a desoneração da folha de pagamento de aproximadamente 60 setores da economia. Portanto, a nova modificação da desoneração da folha de pagamentos seria inconstitucional porque geraria “instabilidade nas relações jurídicas, colocando em risco a confiança da sociedade nos atos emanados pelo Estado”. Mais do que isso, aumentar “impostos por meio de medida provisória, poucos meses após ter concedido uma vantagem fiscal que se dizia definitiva, sem a mínima discussão com o Congresso Nacional, é um péssimo sinal para quem deseja vender a imagem da normalidade institucional e econômica do Brasil”¹⁰⁶.

Levando os argumentos de Renan Calheiros a sério como fundamentos para fixar os limites do precedente, parecem ter sido criados dois limites (cumulativos ou independentes) para a devolução de MP: (i) análise de legalidade ou constitucionalidade, desde que gerem consequências para a Separação de Poderes ou atente contra as prerrogativas do Senado (argumentos 1, 2 e 4), (ii) análise de requisitos de relevância e urgência¹⁰⁷.

Analisando estes argumentos, é possível afirmar que o Congresso estava apenas defendendo suas prerrogativas de legislar (i.e., praticando algo como um *constitutional self-help* que apresentamos na seção 2.2)? Ou seria este um cálculo estratégico de selecionar medidas em que houvesse menor apoio

105 Diário do Senado Federal, Ano LXX Nº 22, quarta-feira, 4 de março de 2015, p. 446.

106 Ibid.

107 É interessante notar que esta reconstrução envolveria tomar como relevantes os argumentos que Renan utilizou e que eles estabelecessem limites cumulativos à atuação do presidente do Senado. Isto é, apenas em casos bastante excepcionais que o presidente do Senado poderia devolver medidas provisórias. Não bastaria um simples desrespeito a critérios de urgência ou relevância, ou ainda que fosse uma medida ilegal ou inconstitucional. No entanto, esta leitura parece ser um tanto quanto ingênua, uma vez que — assim como Garibaldi fez —, poderia basear a devolução apenas em interpretação do art. 48, incisos II e XI, do Regimento Interno do Senado Federal, segundo o qual é competência do presidente do Senado Federal “de impugnar as proposições que lhe pareçam contrárias à Constituição, às leis ou a este Regimento”. Neste caso, qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade de poderia ser motivos para devoluções. Talvez o mesmo argumento possa ser utilizado para permitir devoluções de MP que não cumpram os requisitos de relevância e urgência. (Agradecemos a André Bogossian por ter atentado para estes pontos de dependência ou independência das justificativas.)

popular para o presidente do Senado aumentar seus poderes? Dito de outro modo, além da fraqueza da presidente Dilma, é necessário que haja outros fatores para uma ampliação de poderes bem-sucedida pelo Legislativo?

Após o pronunciamento do presidente do Senado, o bloco de apoio do governo se manifestou no sentido de que esta não era a melhor solução. Apenas o senador Lindbergh Farias apresentou questão de ordem sobre a competência do presidente do Senado para devolver MP.

O SR. LINDBERGH FARIAS (Bloco Apoio Governo/PT — RJ)

— Quero fazer uma questão de ordem aqui. O art. 8º do Regimento do Congresso Nacional diz o seguinte: Art. 8º. O Plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional decidirá, em apreciação preliminar, o atendimento ou não dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência da medida provisória. **Chamo a atenção para isto: não pode ser uma decisão unilateral do Presidente do Senado Federal. Então, queria que V. Exª pensasse, refletisse, trouxesse outra decisão e consultasse o Plenário das duas Casas.** (Grifos nossos)

No entanto, Renan parece ter desconsiderado a ameaça feita pelo senador Lindbergh Farias. Seria uma ameaça crível do bloco de apoio do governo? Ou apenas um pedido que poderia ser desconsiderado por Renan? Parece que a própria base do governo entendia que o presidente do Senado tinha competência para devolver MP que considerasse inconstitucional. A senadora Gleisi Hoffmann, por exemplo, concordou com a autoridade do senador Renan Calheiros:

A SRª GLEISI HOFFMANN (Bloco Apoio Governo/PT — PR)

[...] **Compreendo que V. Exª tem direito de fazer esse ato de querer oferecer ou devolver ao Poder Executivo a medida provisória.** Mas eu queria fazer um apelo a V. Exª. Um apelo pela boa convivência dos Poderes, mas um apelo sobretudo pelo País. Estamos num momento delicado, que exige, do Governo e do Congresso, medidas para que a gente possa retomar o equilíbrio fiscal e, sobretudo, retomar o desenvolvimento deste País. Esse ato de devolver a medida sem discutir não nos dá condições de fazer o debate mais aprofundado nesta Casa. Se é necessário mandar um projeto de lei, falemos com o Executivo para que mande esse projeto de lei, mas, antes, não devolvamos a medida provisória, façamos com que ela tramite. Quero lembrar V. Exª, inclusive porque me lembrei agora de um caso de 2004 ou 2005, em que V.

Ex^a tinha um posicionamento parecido, contrário à devolução de medida provisória, quando então o Presidente da Câmara Severino Cavalcanti queria devolver uma medida provisória ao Executivo. E foi V. Ex^a que disse que o Parlamento poderia votar a medida provisória, rejeitá-la, mas o Presidente da Casa não poderia devolver: nem ele, como Presidente da Câmara, nem V. Ex^a, como Presidente do Senado. (Grifos nossos)

No mesmo sentido, o senador Cristovam Buarque também somente fez apelos ao senador Renan Calheiros no sentido de evidenciar a crise econômica do país e demonstrar que a devolução da MP não seria a melhor solução, apesar de ser uma solução legítima do ponto de vista regimental:

O SR. CRISTOVAM BUARQUE (Bloco Apoio Governo/PDT — DF) [...] Não vou discutir sua decisão, do ponto de vista do Regimento, não vou aqui nem apoiar nem dizer que sou contra, absolutamente. Do ponto de vista da autonomia, sem dúvida alguma, é louvável. **Do ponto de vista do Regimento, vou ter que respeitar a decisão que o senhor tomou ouvindo muita gente.** No entanto, como disse há pouco, acho pouco. Estamos numa situação muito grave. A devolução da MP, com toda correção, vai gerar, se não me engano, a perda de 27 bilhões de perspectivas de receita. Isso vai ser grave. [...]

E, como Presidente, que teve a força de devolver a MP, creio que o senhor deve pensar e trazer para nós uma forma para que nós nos juntemos e nos reunamos, para darmos um projeto e oferecermos ao Governo e às forças desta Nação. Como é que vamos sair desse atoleiro em que estamos? A devolução é um gesto de autonomia, mas como vamos sair do atoleiro? Não podemos deixar que o tempo continue caminhando para que essa acefalia, a farra que foi feita e a situação em que vivemos continuem por muito tempo. (Grifos nossos)

O líder do PT no Senado, senador Humberto Costa, por sua vez, apesar de considerar que havia razões para questionar a competência de Renan para devolver MP, afirma que não irá recorrer ao plenário:

O SR. HUMBERTO COSTA (Bloco Apoio Governo/PT — PE) [...] Por isso, apesar de discordar do conteúdo da decisão de V. Ex^a, eu entendo que o artigo que V. Ex^a chama, o art. 48, inciso

XI, do Regimento Interno, fala que o Presidente pode impugnar proposições que lhe pareçam contrárias à Constituição.

Em minha opinião, a medida provisória não é uma proposição, é um ato com força de lei e, portanto, não caberia. Mas não quero fazer essa discussão, não vou recorrer a nenhum órgão desta Casa nem ao Plenário, porque essa não é uma questão regimental, mas política, Sr. Presidente. Vivemos, hoje, um ambiente no Brasil e dificuldade geral. Há dificuldade na política, há dificuldade na economia, e o pior momento é quando essas duas dificuldades se somam.

Não só a base do governo reconheceu a autoridade do presidente do Senado para devolver MP — ou ao menos afirmou que não iria impugnar tal autoridade —, como também partidos neutros o fizeram.

A SRª ANA AMÉLIA (PP — RS. Sem revisão da oradora.) — Caro Presidente Renan Calheiros, eu não acredito sinceramente que uma decisão independente, republicana, constitucional, regimental e política com grande alcance institucional tomada por V. Exª crie qualquer desarmonia entre os Poderes, exatamente porque **V. Exª está exercendo uma prerrogativa que está nas suas mãos. Faço essa observação, essa ponderação absolutamente serena. Não sou nem Oposição nem Governo.** (Grifos nossos)

A reação da presidente Dilma Rousseff ocorreu no mesmo dia, pouco mais de uma hora depois de o presidente do Senado ter anunciado a devolução da MP nº 669. A presidente Dilma mudou a forma de tramitação do texto no parlamento, assinando Projeto de Lei que será encaminhado ao Congresso em regime de urgência¹⁰⁸. Este novo projeto de lei tem redação idêntica à medida provisória que foi devolvida, o que nos permite trazer algumas conclusões sobre a alocação de poderes entre a Presidência da República e a presidência do Senado.

A presidente Dilma afirmou que “a substituição da MP pelo Projeto de Lei não trará prejuízo para o ajuste fiscal pretendido pelo governo federal” porque “o projeto de lei prevê a mudança nas alíquotas das desonerações dentro de 90 dias, a chamada noventena, o mesmo prazo previsto na MP 669/15”.

No entanto, esta afirmativa parece desconsiderar que medidas provisórias e pedidos de urgências sobre projetos de lei apresentados pela presidência da Repú-

108 MONTEIRO, Tânia. Dilma reage e troca MP por Projeto de Lei com urgência. **O Estado de São Paulo**. 3 mar. 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,dilma-reage-e-troca-mp-por-projeto-de-lei-com-urgencia,1643800>. Acesso em: 21 out. 2018.

blica são poderes diferentes à disposição da presidência da República. As medidas provisórias são tratadas pela literatura como seu poder mais expressivo, dado que — conforme expusemos acima — seus efeitos passam a vigor a partir da data de sua publicação, retirando do Congresso a possibilidade de optar por um *status quo* anterior à promulgação da medida.¹⁰⁹ No caso específico da alteração da desoneração da folha de pagamentos, sua instituição por meio de MP faria com que as novas regras entrassem em vigor em 90 dias a partir da edição da medida. Já com sua modificação de status para Projeto de Lei, o prazo de 90 dias será contado apenas a partir da aprovação do texto pelo Congresso e a respectiva sanção pela Presidência da República¹¹⁰. Assim, ao contrário do que afirmado por Dilma, haveria prejuízos em utilizar projetos de lei com pedido de urgência em vez de MP para aprovar a modificação das regras sobre desoneração da folha de pagamento.

Esta afirmativa da presidente Dilma é também confirmatória de que a Presidência da República passou a reconhecer novos poderes ao presidente do Senado. O poder mais expressivo de um presidente da República foi mitigado nesta situação, restando à presidente Dilma a utilização de seu segundo poder mais importante, isto é, o encaminhamento de projeto de lei em regime de urgência, que tem o poder de sobrestar a pauta do Congresso e, portanto, obriga os parlamentares a votarem o texto. Dito de outro modo, o fator “tempo” continuava a ser relevante para Dilma e, como não conseguiu aprovar sua medida de imediato (por meio de MP), restou apenas sua segunda melhor opção, que é buscar a aprovação de projeto de lei com o menor atraso possível¹¹¹.

Dessa forma, a presidente Dilma inevitavelmente perdeu parte de seu poder institucional mais expressivo, dado que o presidente do Senado atuou com um poder de veto imediato, podendo devolver a MP caso considere que não estão presentes os requisitos de relevância e urgência ou, mais genericamente, caso considere que se trata de MP inconstitucional.

O contexto de uma “presidente fraca” ocupar a chefia da Presidência da República permitiu que Renan Calheiros inclusive modificasse seu posicionamento dado em 2005 precisamente sobre a possibilidade de devolução de MP.

Em 6 de abril de 2005, o senador Renan Calheiros (presidente do Senado à época) apreciando questão de ordem levantada pelo senador Aloizio Mercadante, afirmou que, constitucional e regimentalmente:

109 FIGUEIREDO, 1998.

110 MONTEIRO, Tânia. Dilma reage e troca MP por Projeto de Lei com urgência. **O Estado de São Paulo**. 3 mar. 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,dilma-reage-e-troca-mp-por-projeto-de-lei-com-urgencia,1643800>. Acesso em: 21 out. 2018.

111 SADI, Andréia; NERY, Natuza. Mesmo com urgência, projeto que visa substituir MP não evitará atrasos. **Folha de S. Paulo**, 3 mar. 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1597659-para-manter-desoneracao-dilma-vai-enviar-projeto-de-urgencia.shtml>. Acesso em: 20 nov. 2018.

nem o presidente do Senado Federal, nem o presidente da Câmara dos Deputados, nem o presidente do Congresso Nacional têm competência para devolver medida provisória. **Essa competência é somente do Plenário das duas Casas do Congresso Nacional**, com fundamento em parecer preliminar da Comissão Mista, previsto na própria Constituição, pelo não atendimento dos pressupostos de relevância e urgência, parecer este que, sendo aprovado, a medida provisória estará automaticamente arquivada. (Grifos nossos)¹¹²

A fala de Renan Calheiros pode ser interpretada de duas formas distintas: (i) o plenário das duas Casas do Congresso Nacional poderia **devolver** medidas provisórias ou (ii) esta prerrogativa se trata, na verdade, de **rejeição** de MP. Ao que parece, Renan — apesar de utilizar uma linguagem pouco técnica — aponta pela impossibilidade de **devolução** de medidas provisórias (instituto não previsto regimentalmente). Em sua opinião, apenas poderia ocorrer a **rejeição**, por votação no plenário das duas Casas do Congresso (o que é previsto no regimento interno) — nem o plenário poderia **devolver** medidas provisórias.

Voltando à análise da MP nº 669/2015, Gleisi Hoffmann, apesar de concordar com a autoridade de o presidente do Senado devolver medidas provisórias, parece tentar aumentar os custos de Renan Calheiros modificar sua opinião sobre a devolução que foi dada em 06 de abril de 2005. Em suas palavras:

A SRª GLEISI HOFFMANN (Bloco Apoio Governo/PT — PR)
[...] Compreendo que V. Ex^a tem direito de fazer esse ato de querer oferecer ou devolver ao Poder Executivo a medida provisória. Mas eu queria fazer um apelo a V. Ex^a. Um apelo pela boa convivência dos Poderes, mas um apelo sobretudo pelo País. Estamos num momento delicado, que exige, do Governo e do Congresso, medidas para que a gente possa retomar o equilíbrio fiscal e, sobretudo, retomar o desenvolvimento deste País. Esse ato de devolver a medida sem discutir não nos dá condições de fazer o debate mais aprofundado nesta Casa. Se é necessário mandar um projeto de lei, falemos com o Executivo para que mande esse projeto de lei, mas, antes, não devolvamos a medida provisória, façamos com que ela tramite. **Quero lembrar V. Ex^a, inclusive porque me lembrei agora de um caso de 2004 ou 2005, em que V. Ex^a tinha um posicionamento parecido, contrário à devolu-**

112 Diário do Senado Federal, ANO LX Nº 036, quinta-feira, 7 de abril de 2005, p. 07865.

ção de medida provisória, quando então o Presidente da Câmara Severino Cavalcanti queria devolver uma medida provisória ao Executivo. E foi V. Ex^a que disse que o Parlamento poderia votar a medida provisória, rejeitá-la, mas o Presidente da Casa não poderia devolver: nem ele, como Presidente da Câmara, nem V. Ex^a, como Presidente do Senado. (Grifos nossos)

A fala de Gleisi Hoffmann demonstra que os precedentes geram ônus para atores políticos. Ao dizer que Renan Calheiros no passado adotou posição contra a devolução de MP, Gleisi parece tentar aumentar o ônus de Renan em mudar o precedente que ele mesmo estabeleceu no passado. A senadora parece tentar estabelecer a decisão de Renan em termos de que, mesmo que Renan tivesse o poder de decidir, é possível que — a partir do momento que decidiu que presidentes do Senado não podem devolver MP — não haveria como voltar atrás e “desdecidir”. A fala de Gleisi indica que as falas de senadores não são apenas sobre política — no sentido de vencer uma matéria específica —, mas sim de que uma vez que precedentes são estabelecidos, deveriam ser minimamente observados¹¹³.

A resposta de Renan Calheiros aos questionamentos feitos pela senadora Gleisi Hoffmann sobre sua modificação de posicionamento foi de que, na época, estava-se tratando de devolução feita pelo presidente da Câmara dos Deputados. O que se distinguiria da hipótese de devolução da MP nº 669/2015 pelo presidente do Senado Federal. Em suas palavras:

O SR. PRESIDENTE (Renan Calheiros. Bloco Maioria/PMDB — AL) — Porque o Presidente da Câmara dos Deputados não é sequer da Mesa do Congresso Nacional. Mas qualquer um da Mesa do Congresso Nacional pode fazê-lo; o Presidente da Câmara dos Deputados, jamais.

Ao fazer esta afirmativa, Renan baseou-se no art. 57, § 5º da Constituição, que a Presidência da Mesa do Congresso Nacional será presidida pelo presidente do Senado e os demais cargos serão exercidos, alternadamente, pelos ocupantes de cargos equivalentes na Câmara e no Senado¹¹⁴. Apesar de ser uma afirmativa bastante contundente realizada por Renan Calheiros, não houve conflitos **sobre** as regras do jogo em torno da possibilidade de

113 Agradecemos a André Bogossian pelos comentários.

114 Esta justificativa de Renan parece ser, na verdade, uma justificativa sem fundamentos legítimos. Isso porque, em 2005, Renan falou explicitamente sobre a impossibilidade de o presidente do Senado devolver MP: “nem o presidente do Senado Federal, nem o presidente da Câmara dos Deputados, nem o presidente do Congresso Nacional têm competência para devolver medida provisória”.

devolução por qualquer integrante da Mesa do Congresso Nacional. Ou seja, não é possível saber quais seriam as eventuais consequências caso Renan pretendesse realizar um *constitutional showdown* sobre o tema¹¹⁵. Trata-se, portanto, de uma afirmativa que não foi testada na prática, não gerou conflitos entre poderes.

6 Legados presidenciais: por que Dilma perdeu poderes?

Condições para a perda de poderes da Presidência da República

Ao receber uma MP, o Congresso tem duas opções formalmente estabelecidas na CRFB: aprová-la ou rejeitá-la (expressamente ou por decurso de prazo). A análise dos casos acima permite demonstrar que houve um conflito **sobre** regras entre o presidente do Senado e a Presidência da República. Este conflito gerou modificações de interpretações sobre as regras (mudanças **endógenas**), criando um novo poder implícito para o presidente do Senado: devolver MP alegando que não cumprem requisitos de relevância e urgência ou, ainda, que são inconstitucionais¹¹⁶. A devolução não se confunde com a hipótese de rejeição, pelo plenário, de MP. A rejeição ocorre apenas após a MP já ter surtido efeitos e alterado o *status quo*, enquanto a devolução retira imediatamente os efeitos das MP (não surtirão efeitos para mudar o *status quo*).

6.1 A devolução criou precedente que vinculará decisões futuras?

Há indicativos de que próximos presidentes poderão ser afetados por este legado do governo Dilma.

O primeiro indicativo de que a devolução de MP poderá ser novamente utilizada pelo Congresso decorre do anúncio, em 2018, feito pelo presidente do Senado, de que ele estava considerando devolver a MP nº 842, que tratava do refinanciamento de dívidas rurais. Afirmou, portanto, sua autoridade para devolver MP como se fosse uma possibilidade explícita no regimento interno do Senado¹¹⁷.

115 Outra razão para entendermos que a justificativa dada por Renan não está juridicamente embasada se refere ao fato de que, em nenhum momento durante a devolução da MP nº 669/2015, Renan fundamentou a devolução no “art. 48, incisos II e XI do Regimento Interno do Senado Federal, que atribuem ao presidente do Senado Federal os deveres de velar pelo respeito às prerrogativas do Senado e às imunidades dos Senadores, bem como impugnar as proposições que lhe pareçam contrárias à Constituição, às leis ou a este Regimento”. Até onde nossas pesquisas demonstraram, em nenhum momento Renan fundamentou a devolução da MP nº 669/2015 em ato que seria privativo da Mesa do Congresso. Ele fundamentou especificamente sobre as competências do presidente do Senado. Portanto, agora não faria sentido alegar que qualquer integrante da Mesa do Congresso pudesse devolver medidas provisórias — o que entraria em contradição com suas próprias fundamentações para a devolução. (Agradecemos a André Bogossian pelo preciso comentário.)

116 Ver nota de rodapé n. 107 e texto que a acompanha.

117 No caso em questão, havia projeto de lei aprovado pelo Congresso para permitir a renegociação de dívidas, permitindo que os produtores pudessem quitá-las com os bancos

Eunício alegava que poderia devolver a MP para defender as prerrogativas institucionais do Senado: “Eu posso devolver a MP. O que eles não podem é, derrubado um veto, mandar a MP invertendo (o que foi decidido pelo Congresso). Mas eu vou analisar com calma, nada açodado”¹¹⁸. Contudo, na semana seguinte, Eunício anunciou que não iria devolver a medida provisória, sob o argumento de que não queria criar problemas institucionais em um momento difícil para o país:

Eu não vou criar um problema institucional neste momento de tantas dificuldades. Eu vou receber a medida provisória e caberá à comissão analisar a constitucionalidade dela porque ela trata de vetos, de matérias que foram vetadas. Matérias que foram vetadas, elas são irreversíveis¹¹⁹.

Neste caso, Eunício falou que poderia devolver MP. Em sua opinião, tratava-se de uma prerrogativa do presidente do Senado receber ou devolver medidas provisórias. Até onde foi possível investigar, não encontramos reações ou questionamentos à sua autoridade para realizar a devolução. Não há como saber se foi uma ameaça crível do presidente do Senado. Contudo, parece fazer sentido que sim, dado que Temer estava fraco politicamente (com baixíssima popularidade e taxa de sucesso legislativo reduzida). Parece, portanto, que Eunício estava apenas aplicando um precedente consolidado e criado no momento de fraqueza de Dilma Rousseff.

Ao fim, a medida provisória foi aprovada com alterações pelo Congresso. Mas a autoridade do presidente do Senado foi mais uma vez declarada, tornando-se algo cada vez mais aceito. Devolver MP no futuro se torna cada vez mais interpretado como prerrogativa prevista no regimento interno do Senado, ainda que não explicitamente.

públicos. Temer vetou dispositivos do projeto de lei, mas ao mesmo tempo concordou com a viabilidade de alguns pontos da matéria. Contudo, o governo se descuidou e os vetos foram analisados em bloco, permitindo a derrubada de todos os vetos pelo Congresso, o que garantiu a manutenção do projeto em sua forma original. A edição da Medida Provisória era uma tentativa de o governo resolver o problema, restringindo a renegociação aos pequenos agricultores que participam do Programa Nacional de Agricultura Familiar (Pronaf) do Norte e Nordeste.

118 ESTADO DE MINAS. **Eunício ameaça devolver MP que barra refinanciamento de dívidas rurais**. 27 jun. 2018. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2018/06/27/internas_economia,969838/eunicio-ameaca-devolver-mp-que-barra-refinanciamento-de-dividas-rurais.shtml. Acesso em: 2 nov. 2018.

119 SENADO FEDERAL. **Eunício anuncia que não vai devolver MP que altera renegociação de dívidas rurais**. 3 jul. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/07/03/eunicio-anuncia-que-nao-vai-devolver-mp-que-altera-renegociacao-de-dividas-rurais>. Acesso em: 18 out. 2018.

O segundo indicativo decorre da dinâmica do Congresso. A área técnica do governo normalmente alerta fortemente para os perigos de precedentes. Se houver precedente em sentido favorável, reduzem-se os custos para o governo decidir (e vice-versa). Contudo, por mais que alertassem e dessem argumentos jurídicos, há uma questão política. Não há como pressupor que qualquer argumento jurídico prevaleceria baseado em precedentes sobre autoridade de um determinado ator, dado que são manobras políticas com argumentos jurídicos frágeis. A preocupação técnica, tanto para a base quanto para o próprio governo, é um subsídio importante, mas insuficiente para gerar a mudança de um resultado. Ou seja, a existência de um precedente é condição relevante, porém não é *per se* garantia de que será utilizado no caso concreto. Fatores políticos também são levados em consideração¹²⁰.

6.2 Como presidentes fracos afetam os conflitos sobre as regras?

A existência de um presidente fraco ocupando o cargo da Presidência da República parece ser relevante como facilitadora da ocorrência de conflitos **sobre** as regras, aumentando as chances de o Congresso sair vencedor da disputa. Este pode ser um dos fatores determinantes para explicar a diferença de resultados na devolução de MP no governo Dilma e Lula.

No entanto, pode ser que, depois de haver o primeiro conflito **sobre** as regras, a oportunidade gerada por presidentes fracos pode não ser muito expressiva para determinar estratégias do Congresso. Isto é, há um momento disruptivo no qual a autoridade é utilizada para contestar uma política pública (quando a fraqueza presidencial é relevante); em um segundo momento, afirma-se a autoridade sem necessariamente agir, o que diminui os custos ao mesmo tempo que reforça o precedente criado no momento de conflito **sobre** as regras. A cada vez que a autoridade é afirmada e ninguém a contesta, fica fortalecido o sentimento de que aquela é uma prerrogativa legítima do presidente do Senado. Espera-se que, em determinado momento, o sentimento de que se trata de um poder legítimo é tão forte que não será mais necessário esperar momentos de fraqueza presidencial para utilizar aquela recém-conquistada prerrogativa. Eventualmente, portanto, quando os legados de perda de poder estiverem consolidados, não será mais necessário haver um presidente fraco para exercer aquela prerrogativa implícita, que fora criada em conflitos **sobre** as regras.

Contudo, nem sempre presidentes fracos gerarão a perda de poderes para o cargo da Presidência da República. Há casos em que a simples ameaça é suficientemente crível para alterar o curso de ação de presidentes, não gerando

120 Entrevista com Beto Vasconcelos.

questionamentos sobre autoridade presidencial. São casos em que os conflitos são meramente políticos, como o caso no qual o presidente Collor quase sofreu perda de poderes formais. Havia a ameaça de que Nelson Jobim passaria uma Proposta de Emenda à Constituição para limitar os poderes de edição de medidas provisórias do presidente Collor¹²¹. Apesar de Jobim ter falhado em sua tentativa de limitar os poderes de Collor, no final das contas, Collor entendeu a mensagem e percebeu seus próprios limites de edição de MP. Caso continuasse utilizando medidas provisórias, sofreria ataques à sua autoridade. De acordo com Figueiredo e Limongi (2001):

a despeito desses embates e da forte reação do PMDB, não houve qualquer alteração do quadro institucional em função do recurso sistemático às MP por Collor. A reação do Congresso, capitaneada pelo PMDB, fez parte de uma reação política a uma estratégia presidencial que deliberadamente procurava isolar o Congresso. Paradoxalmente, a vitória do governo ocorreu num momento em que este já dera mostras de que sua estratégia inicial perdia fôlego. A partir de 1991 houve clara alteração de rumos no governo, que buscou redefinir suas relações com os partidos políticos e com o próprio Congresso. Do ponto de vista da iniciativa legislativa, essa alteração se evidenciou na redução drástica de MP editadas e no incremento de leis ordinárias propostas e mesmo de proposições de emendas constitucionais (PEC)¹²².

Portanto, a devolução de medidas provisórias ocorreu em 2015 (durante o governo Dilma), de modo que o presidente do Senado se auto atribuiu um novo poder não previsto constitucional ou legalmente e, ao mesmo tempo, prejudicou a Presidência da República naquela matéria específica (gerou atrasos no momento de vigência das alterações das regras sobre a folha de pagamentos). Este novo poder foi afirmado novamente em 2018, com Eunício afirmando que poderia devolver MP, mas que naquele momento específico optou por não utilizar esta prerrogativa. Eunício optou, portanto, por não entrar em conflitos com o governo sobre o mérito da MP. Como não foi questionado sobre a alegação de sua autoridade, é possível entendermos que os legados de Dilma geraram a perda de poder para o cargo da Presidência da República. Contudo, como o exemplo de Nelson Jobim nos mostrou, eventualmente a ameaça de conflitos **sobre** as regras do jogo são suficientes para alterar comportamentos dos ato-

121 AMORIN NETO, 2003, p. 571.

122 FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando de Magalhães Papaterra. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001. p. 142.

res políticos. Se a ameaça for crível, provavelmente o presidente da República reduzirá suas atuações¹²³.

6.3 Além de presidentes fracos: outras condições explicativas

Vimos acima que os precedentes vinculam a tomada de decisões no futuro e que uma das diferenças que pode explicar a devolução de MP ter sido bem-sucedida no governo Dilma e não no governo Lula é a força presidencial. No entanto, estes são casos que não se diferem unicamente pela força presidencial.

A comparação das MP analisadas na seção 5 aponta para dois outros fatores importantes: (i) força de quem está em conflito com a Presidência da República **sobre** as regras (no caso em questão, o presidente do Senado) e (ii) surgimento de uma oportunidade que sirva como estopim para a deflagração do conflito **sobre** as regras.

Estas podem ser condições que — juntamente com a força presidencial — parecem explicar a variação de resultado entre a tentativa de devolução da MP nº 446/2008 e a devolução bem-sucedida da MP nº 669/2015. Não é possível estabelecer relações de causalidade, mas talvez seja possível verificar que são condições que parecem ser levadas em consideração para a tomada de decisão política.

O primeiro fator é a força e articulação política de quem está alegando a legitimidade para expandir suas próprias prerrogativas. Dos três presidentes do Senado (Garibaldi, Renan e Eunício), Renan era o mais articulado e forte politicamente. Esta parece ser a segunda condição necessária que explique a devolução no governo Dilma ter sido bem-sucedida. Na época de Lula, Garibaldi estava apenas em mandato tampão de um ano para substituir Renan, que renunciara para evitar a cassação. Em 2018, Eunício encontrava-se em momento politicamente enfraquecido dentro de seu partido, por não seguir a recomendação de Michel Temer, dada ao partido, para que votassem em Henrique Meirelles¹²⁴. É possível que, de fato, Renan fosse o único presidente capaz de se auto atribuir uma nova competência ao mesmo tempo em que usava para enfrentar o governo. Garibaldi tentou e não conseguiu. Já Eunício adotou uma

123 Este caso pode nos mostrar um possível paradoxo. Se o presidente é demasiadamente fraco, é possível que ele aceite a ameaça do Congresso e deixe de tomar uma atitude. Neste caso, a exemplo do caso Collor, não haverá a criação de um precedente. Por outro lado, se o presidente é fraco (porém não entende sua fraqueza ou não é tão fraco a ponto de ceder a quaisquer pressões), aí surgem as possibilidades de perdas de poderes que afetarão os próximos presidentes da República (como ocorreu com Dilma). (Agradecemos a André Bogossian pelo comentário.)

124 DIÁRIO DE PERNAMBUCO. **Não vou sair do partido e ninguém me tira, afirma Eunício Oliveira**. 23 mai. 2018. Disponível em: http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/politica/2018/05/23/interna_politica,752949/nao-vou-sair-do-partido-e-ninguem-me-tira-afirma-eunicio-oliveira.shtml. Acesso em: 25 nov. 2018.

estratégia diferente, apenas se auto atribuir uma prerrogativa, sem questionar o mérito.

É interessante notar a estratégia de Eunício, de afirmar sua competência sem necessariamente utilizá-la contra a Presidência da República. Este é um tipo de estratégia que foi muito utilizada pela Suprema Corte norte-americana (no período de *John Marshall* na presidência da Suprema Corte) para tentar aumentar suas prerrogativas e fortalecer-se politicamente. Neste primeiro momento, a Suprema Corte não tinha legitimidade ou força para se apresentar como oposição ao governo central. Com isso, a Corte de *Marshall* optou por proferir decisões pró-governo, tornando-se um ator fundamental para a implementação e defesa dos interesses do governo central. Nestes primeiros momentos de realização de controle de constitucionalidade, tanto *Jefferson* quanto a Suprema Corte venceram. *Marbury v. Madison* garantiu que a Corte derrubasse uma lei passada pela legislatura anterior, ao mesmo tempo em que garantiu a vitória a *Jefferson*. E, mais importante, foi uma decisão dirigida unicamente ao próprio Judiciário e de acordo com as preferências políticas de *Jefferson*, mitigando, portanto, os riscos de não cumprimento de sua decisão¹²⁵.

A decisão de Eunício pode ser uma estratégia semelhante à adotada pela *Marshall Court*, dado que a afirmação de sua autoridade sem questionar a política específica do governo não iria gerar reações duras da Presidência da República. Os riscos de não seguirem a decisão de Eunício eram nulos, porque o governo ganhou no aspecto de não ter sua MP devolvida; mas perdeu, dado que Eunício anunciou que poderia devolver caso entendesse adequado. Portanto, às vezes afirmar sua autoridade sem brigar pelo mérito da política pública específica pode ser uma estratégia à disposição de atores políticos para vencerem conflitos **sobre** as normas.

Já o segundo fator importante advém de Garibaldi Alves e Renan Calheiros terem escolhido atuar sobre MP impopulares. Mas por que esperar uma matéria impopular para devolver MP? Duas interpretações são possíveis sobre o tema. A primeira era de que os presidentes do Senado estavam apenas tentando evitar a aprovação de medidas políticas que consideravam erradas. A segunda diz que as medidas devolvidas foram escolhidas para maximizar as chances de sucesso em sua devolução. Dito de outro modo, o objetivo dos presidentes do Senado era, de fato, ampliar seus próprios poderes e, para serem bem-sucedidos, era necessário agir estrategicamente, escolhendo a “MP das pilantrópicas” e aumento de alíquota de tributo (alteração das regras sobre desoneração da folha de pagamentos).

125 GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies**: constitutional courts in asian cases. New York: Cambridge University Press, 2003.

Especificamente sobre a desoneração, o aumento de impostos por MP era ato bastante comum para o Congresso (e.g. MP nº 540/2011, que foi convertida na Lei nº 13.043/2014, e MP nº 651/2014, convertida na Lei nº 13.043/2014). Não parecia que a posição do Congresso em não aceitar estes aumentos ocorreu de forma tão abrupta, o que parece explicar que, na verdade, a devolução foi escolhida apenas como justificativa para sustentar as posições institucionais de Renan. Visto dessa forma, é provável que a presença de medidas impopulares é a terceira condição necessária para a devolução de MP¹²⁶.

Com isso, se o objetivo fosse apenas de evitar a tramitação daquelas MP, provavelmente não haveria acordos entre a base e a oposição, tal como ocorreria com a devolução da MP sobre desoneração da folha de pagamentos. Portanto, a melhor interpretação parece ser de que as devoluções foram ataques à Presidência da República, uma mensagem clara de que o Congresso iria travar a pauta do governo e que estava disposto a minar a autoridade da presidente Dilma para conseguir seus objetivos¹²⁷.

6.4 Teste para confirmação da teoria

Feitas essas análises e estabelecidas alguns fatores que podem ajudar a explicar as diferenças de resultados entre Lula e Dilma — presidente fraco, oposição articulada e medida impopular que será utilizada como estopim ou justificativa — temos os elementos que podem ser testados para futuramente buscar relações de causalidade.

Um bom caso para testar se estes são fatores relevantes é a comparação entre o *impeachment* de Dilma e o arquivamento da denúncia de Temer, que também se fundamentava na assinatura de decretos para abertura de créditos suplementares¹²⁸. Ocorre que o desfecho de ambos foi diferente: Dilma sofreu

126 Um bom teste para a verificação da necessidade de medidas impopulares para permitir a devolução ocorrerá em casos nos quais houver popularidade ao mesmo tempo em que seja uma pauta que desagrade a classe política. Caso haja devolução de medidas provisórias que reduzam benefícios e vencimentos de políticos, por exemplo, é possível que a análise do caso nos leve a duas possíveis consequências. A necessidade de uma medida impopular pode não ser requisito essencial. Ou, alternativamente, que já houve a primeira devolução bem-sucedida (baseada em medida impopular), de modo que a partir desse momento os custos de devolução iriam diminuir (podendo devolver medidas que fossem populares, por exemplo, mas que desagradassem o Congresso). (Agradecemos a André Bogossian por apresentar este teste de suficiência para a popularidade da MP.)

127 Entrevista concedida por Beto Vasconcelos.

128 “Na condição de interino em uma das ausências de Dilma, Temer assinou quatro decretos de suplementação orçamentária, entre maio e julho de 2015, com o objetivo de autorizar gastos extras. Na ocasião, o governo já havia descumprido a obrigação de economizar para pagar juros da dívida pública, em afronta à Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) — procedimento que, para defensores do governo Dilma, não constituíram motivo suficiente para cassação do mandato presidencial.” Ver: GÓIS, Fábio. Temer ainda é alvo de 30 pedidos de impeachment. Quatro já foram arquivados. **Congresso em Foco**, 4 jul. 2018. Disponível

impeachment e Temer teve sua denúncia arquivada. No entanto, até o presente momento não é possível extrair conclusões sobre os resultados do arquivamento da denúncia de Temer, porque o ministro Marco Aurélio interveio e proferiu decisão liminar, obrigando o presidente da Câmara a formar a Comissão Especial para avaliar a denúncia. Entretanto, é possível estabelecermos algumas condições para avaliar futuramente se este caso corrobora ou refuta a teoria apresentada neste trabalho.

Durante o *impeachment* de Dilma Rousseff, Eduardo Cunha expandiu seus próprios poderes em vários sentidos¹²⁹. Solicitou a “atualização e readequação” de onze requerimentos de *impeachment*¹³⁰. Apenas depois de 31 pedidos protocolados, Cunha escolheu aquele que seria enviado para a Comissão Especial. Não apenas enviou a denúncia, mas aproveitou para manifestar-se “pela sua admissibilidade apenas quanto às violações da lei orçamentária (desconsiderando outras alegações), e apenas quanto aquelas realizadas em 2015 (desconsiderando qualquer acusação relativa ao mandato anterior)”.¹³¹ Dessa forma, Cunha participou do processo de *impeachment* criando novos espaços para o exercício de sua autoridade, muitas vezes sem ser questionado sobre suas novas prerrogativas auto atribuídas.

Ressalta-se que eram prerrogativas não óbvias, dado que Cunha ampliou ainda mais a jurisprudência do STF que já era bastante ampliativa — que estabelecia que o presidente da Câmara, para além da simples análise formal de preenchimento de requisitos da denúncia, poderia também analisar se se tratam de denúncias ineptas, claramente abusivas. Assim, “mesmo que se concorde com esta interpretação — já bastante expansiva — ela não é suficiente para legitimar algumas das recentes decisões de Cunha, que adentram o próprio mérito das denúncias”¹³².

Como vimos na seção 5.2, o segundo mandato da presidente Dilma foi caracterizado por sua fraqueza política. Seu ápice foi durante o processo de *impeachment*. Cunha soube aproveitar a ausência de popularidade da presidente para conquistar seu próprio espaço. Michel Temer, por sua vez, estava com popularidade mais elevada e, mais importante, tinha apoio no Congresso.

em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/temer-ainda-e-alvo-de-30-pedidos-de-impeachment-quatro-ja-foram-arquivados/> Acesso em: 3 dez. 2018.

129 PEREIRA, Thomaz. Quais os poderes de Eduardo Cunha no impeachment? **JOTA Info**, 5 abr. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/quais-os-poderes-de-eduardo-cunha-no-impeachment-05042016>. Acesso em: 20 nov. 2018.

130 GÓIS, Fábio. Cunha libera 11 ofícios de impeachment. **Congresso em Foco**, 19 jul. 2015. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/exclusivo-cunha-des-pacha-11-oficios-de-impeachment/>. Acesso em: 2 nov. 2018.

131 PEREIRA, Thomaz. Quais os poderes de Eduardo Cunha no impeachment? **JOTA Info**, 5 abr. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/quais-os-poderes-de-eduardo-cunha-no-impeachment-05042016>. Acesso em: 20 nov. 2018.

132 Ibid.

Ainda no cargo de vice-presidente, tinha força política. Sua popularidade só se tornou muito baixa no final de 2016, após sete meses de mandato¹³³.

O governo Temer é o experimento adequado para sabermos se os legados de aumento de poderes para o presidente da Câmara se manteriam em seu governo. Ao que tudo indica, os poderes conquistados por Eduardo Cunha iriam ser utilizados durante o governo Temer, porém com objetivos diferentes; desta vez para defender o presidente da República.

Neste sentido, Eduardo Cunha arquivou denúncia que tinha os mesmos fundamentos da denúncia que gerou o *impeachment* de Dilma. Temer também “editou decretos, em 2015, abrindo créditos suplementares incompatíveis com a meta de superávit primário e sem autorização do Congresso”¹³⁴. Apesar disso, Cunha arquivou a denúncia por tê-la julgado inepta.

No entanto, o STF interveio e, em decisão liminar, o ministro Marco Aurélio determinou que Cunha montasse Comissão Especial para analisar a denúncia em face de Temer¹³⁵. Em sua decisão, Marco Aurélio criticou o arquivamento:

Os documentos que instruem a peça primeira permitem concluir pelo desrespeito aos parâmetros relativos à atuação do Presidente da Casa Legislativa, pois, embora tenha reconhecido, de maneira expressa, a regularidade formal da denúncia, procedeu a verdadeiro julgamento singular de mérito, no que consignou a ausência de crime de responsabilidade praticado pelo Vice-Presidente da República, desbordando, até mesmo, de simples apreciação de justa causa, presente a fundamentação e conclusão do ato impugnado¹³⁶.

Com esta decisão, o ministro Marco Aurélio interveio na utilização dos poderes que Cunha havia se auto atribuído durante o *impeachment* de Dilma. Insatisfeito com a limitação de seus poderes, Cunha recorreu ao plenário do STF ao mesmo tempo em que se articulou com o Congresso para que os líderes não indicassem os representantes da comissão: “Parece que não é a vontade deles

133 De acordo com dados do Datafolha, o número de pessoas que consideravam seu governo ruim ou péssimo subiu de 31% (em 14 e 15/07/2016) para 51% (em 07 e 08/12/2016), com aumento de taxas de rejeição acentuada a partir deste período. Ver: “Avaliação do presidente Michel Temer PO813964 06 e 07/06/2018, Instituto de Pesquisas Datafolha”.

134 TRAJANO, Humberto. Para autor de pedido contra Temer, Cunha agiu com “excesso de poder”. **G1**, 7 abr. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2016/04/para-autor-de-pedido-contra-temer-cunha-agiu-com-excesso-de-poder.html>. Acesso em: 26 nov. 2018.

135 BENITES, Afonso. STF ordena análise de impeachment de Temer e Cunha promete resistir. **El País**, 6 abr. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/05/politica/1459872017_590938.html. Acesso em: 26 nov. 2018.

136 Ibid.

[dos líderes]; a maioria já se manifestou no sentido de não fazer, então certamente não há condição nenhuma de ser instalada a comissão”, afirmou Cunha¹³⁷.

A questão ainda não foi resolvida. Mas, aparentemente, apesar da liminar do STF, a presidência da Câmara dos Deputados continuou a não instaurar a Comissão Especial. Marco Aurélio cobrou a sua instauração¹³⁸, mas Rodrigo Maia respondeu que só cumpriria a decisão caso houvesse julgamento pelo plenário do STF¹³⁹. Atualmente, o caso já foi liberado para votação pelo Plenário pelo ministro Marco Aurélio, porém ainda não há pauta da sessão de julgamento¹⁴⁰. Com isso, dependendo do julgamento em plenário, saberemos se os poderes de Cunha foram ou não garantidos em detrimento da Presidência da República.

Caso o plenário julgue que o presidente da Câmara dos Deputados poderia avaliar a denúncia e, mesmo que não fosse manifestamente abusiva, pudesse arquivá-la, teríamos a consagração do aumento de poderes que Cunha conseguiu. Ou seja, o STF passaria a entender que, de fato, a análise realizada pelo presidente da Câmara é uma análise detalhada sobre a denúncia. Apesar de o fundamento das denúncias de Dilma e Temer serem semelhantes, poderia o presidente da Câmara entender que os resultados podem ser diferentes, o que representa um verdadeiro julgamento preliminar pelo presidente da Câmara. Garantiria seus poderes para não apenas arquivar denúncias abusivas ou ilegais, mas também para julgar todo o mérito e, com isso, decidir arquivá-la ou não.

Por outro lado, caso o plenário do STF acompanhe a decisão do ministro Marco Aurélio — dizendo que se deve instalar a comissão especial —, haveria limitações ao poder do presidente da Câmara. Neste cenário, o presidente faria análises formais e apenas poderia arquivar as denúncias manifestamente infundadas ou abusivas. Não poderia realizar julgamentos sobre o mérito aprofundado da denúncia, o que demonstraria que os poderes que Cunha se auto atribuiu não necessariamente poderiam ser utilizados em futuros procedimentos de *impeachment*.

137 BENITES, Afonso. STF ordena análise de impeachment de Temer e Cunha promete resistir. **El País**, 6 abr. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/05/politica/1459872017_590938.html. Acesso em: 26 nov. 2018.

138 OLIVEIRA, Mariana. Marco Aurélio cobra do STF agendamento da ação sobre impeachment de Temer. **G1**, 14 dez. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/ministro-cobra-carmen-lucia-sobre-julgamento-no-stf-de-impeachment-de-temer.ghtml>. Acesso em: 26 out. 2018.

139 MOURA, Rafael Moraes. Maia pede que Supremo decida sobre impeachment de Temer. **O Estado de São Paulo**, 12 dez. 2016. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,maia-pede-que-supremo-decida-sobre-impeachment-de-temer,10000094082>. Acesso em: 26 nov. 2018.

140 SCOCUGLIA, Livia. Marco Aurélio libera para julgamento pedido de impeachment de Temer. **JOTA Info**, 15 mai. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/marco-aurelio-libera-para-julgamento-pedido-de-impeachment-de-temer-17052016>. Acesso em: 29 out. 2018.

7 Conclusão

No decorrer do presente trabalho, demonstramos por meio do caso específico de devolução de medidas provisórias — o poder legislativo mais importante à disposição da Presidência da República — que há boas razões para crer que presidentes fracos podem gerar oportunidades para outros atores tentarem ampliar suas próprias competências. Esta perda momentânea de poderes poderá gerar precedentes. E, considerando que precedentes são observados por atores políticos, há grandes chances de que esta perda de poderes eventual poderá ser invocada futuramente com sucesso. Isso explica que a perda de poderes no decorrer do jogo político — em conflitos **sobre** as regras — pode vincular os próximos presidentes, tornando-a uma perda de poderes para o cargo da Presidência da República.

Caso nossos testes demonstrem no futuro que, de fato, este é um padrão recorrente em conflitos sobre Separação de Poderes, provavelmente a literatura brasileira deverá considerar estas hipóteses ao medir poderes presidenciais. Isso porque, a cada novo conflito **sobre** as regras do jogo, menor a correspondência entre a distribuição constitucional ou legal de poderes e os poderes efetivamente à disposição de atores políticos no caso concreto. Se devoluções de MP se tornarem reconhecidamente poderes à disposição do presidente do Senado — o que, conforme demonstramos, parece ser o caso —, há grandes razões para supor que a edição de medidas provisórias não continuará a ser o poder mais relevante à disposição da Presidência da República. Isso tudo sem que haja modificações em regras formais sobre a edição de medidas provisórias.

Referências bibliográficas

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. **Separação de poderes e medidas provisórias**. Rio de Janeiro: Elsevier: Faculdade de Direito da FGV, 2012.

AMORIN NETO, Octavio; COX, Gary W; MCCUBBINS, Mathew D. Agenda power in Brazil's Câmara dos Deputados, 1989-98. **World Politics**, v. 55, n. 4, p. 550-578, 2003.

AMORIM NETO, Octavio; TAFNER, Paulo. Governos de coalizão e mecanismos de alarme de incêndio no controle legislativo das medidas provisórias. **Dados**, v. 45, n. 1, p. 5-38, 2002.

ARGUELHES, Diego Werneck. Lewandowski e a dupla votação no julgamento de Dilma. **JOTA Info**, 1º set. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/su->

pra/nem-juiz-nem-senador-lewandowski-e-dupla-votacao-no-julgamento-de-dilma-01092016. Acesso em: 23 nov. 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck. Renan, Marco Aurélio e o tortuoso Supremo. **JOTA Info**, 6 dez. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/renan-marco-aurelio-e-o-tortuoso-supremo-06122016>. Acesso em: 20 nov. 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; PROENÇA SÜSSEKIND, Evandro. Building Judicial Power in Latin America: opposition Strategies and the Lessons of the Brazilian Case. **Revista Uruguaya de Ciencia Política**, v. 27, n. 1, p. 175-196, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Indicações presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus fins políticos: uma resposta a Mariana Prado e Cláudia Türner. **Revista de Direito Administrativo**, v. 255, p. 115-143, 2010.

BENITES, Afonso. STF ordena análise de impeachment de Temer e Cunha promete resistir. **El País**, 6 abr. 2016. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/05/politica/1459872017_590938.html. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRAGON, Ranier. Câmara adia aposentadorias no Supremo e tira nomeações de Dilma. **Folha de S.Paulo**, 5 mai. 2015. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/05/1625252-camara-aprova-projeto-que-pode-tirar-de-dilma-a-indicacao-dos-5-proximos-ministros-do-stf.shtml>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRESCIANI, Eduardo. Garibaldi devolve MP das filantrópicas. **G1**, 19 nov. 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL868456-5601,00-GARIBALDI+DEVOLVE+MP+DAS+FILANTROPICAS.html>. Acesso em: 19 out. 2018.

BRESCIANI, Eduardo. Garibaldi pede que governo “revise” MP das filantrópicas. **G1**, 13 ago. 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL861291-5601,00-GARIBALDI+PEDE+QUE+GOVERNO+REVISE+MP+DAS+FILANTROPICAS.html>. Acesso em: 19 out. 2018.

BRESCIANI, Eduardo. Garibaldi promete “pedra no caminho” de MP que dá anistia a filantrópicas. **G1**, 17 ago. 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL865356-5601,00-GARIBALDI+PROMETE+PEDRA+->

NO+CAMINHO+DE+MP+QUE+DA+ANISTIA+A+FILANTROPICAS.html. Acesso em: 19 out. 2018.

BRESCIANI, Eduardo. Garibaldi recomenda ao governo que retire MP das filantrópicas. **G1**, 19 ago. 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/O,,MUL868400-5601,00-GARIBALDI+RECOMENDA+AO+GOVERNO+QUE+RETIRE+MP+DAS+FILANTROPICAS.html>. Acesso em: 19 out. 2018.

BRESCIANI, Eduardo. Líder do governo no Senado recorre de devolução da MP das filantrópicas. **G1**, 19 ago. 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/O,,MUL868503-5601,00-LIDER+DO+GOVERNO+NO+SENADO+RECORRE+DE+DEVOLUCAO+DA+MP+DAS+FILANTROPICAS.html>. Acesso em: 21 out. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Câmara aprova PEC do orçamento impositivo em 2º turno**. 10 fev. 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camara-noticias/noticias/POLITICA/481683-CAMARA-APROVA-PEC-DO-ORCAMENTO-IMPOSITIVO-EM-2-TURNO.html>. Acesso em: 1º ago. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Comissão aprova MP sobre a renegociação de dívidas rurais e amplia beneficiários**. 15 ago. 2018. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/AGROPECUARIA/561386-COMISSAO-APROVA-MP-SOBRE-A-RENEGOCIACAO-DE-DIVIDAS-RURAIIS-E-AMPLIA-BENEFICIARIOS.html>. Acesso em: 18 out. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Promulgada emenda constitucional do orçamento impositivo**. 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/483652-PROMULGADA-EMENDA-CONSTITUCIONAL-DO-ORCAMENTO-IMPOSITIVO.html>. Acesso em: 21 nov. 2018.

CAMPOS, Eduardo. Fazenda evita comentar decisão de Renan de devolver MP de desonerações. **Valor Econômico**, 3 mar. 2015. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/3935514/fazenda-evita-comentar-decisao-de-renan-de-devolver-mp-de-desoneracoes>. Acesso em: 22 out. 2018.

CARAM, Bernardo. Eunício cogita devolver MP que barra refinanciamento de dívidas rurais. **Folha de S.Paulo**, 26 jun. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/06/eunicio-cogita-devolver-mp-que-barra-refinanciamento-de-dividas-rurais.shtml>. Acesso em: 18 out. 2018.

CARDOSO, Daiene; CARVALHO, Daniel. Em mais uma derrota do governo, Câmara aprova PEC da Bengala em primeiro turno — Política. **O Estado de S. Paulo**, 4 mar. 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,em-mais-uma-derrota-do-governo-camara-aprova-pec-da-bengala-em-primeiro-turno,1644581>. Acesso em: 20 out. 2018.

CAREY, John M; SHUGART, Matthew Soberg. **Executive decree authority**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

CARVALHO, Daniel; ÁLVARES, Débora; CASADO, Letícia; VALENTE, Rubens. Senado desafia Supremo e mantém Renan na presidência da Casa. **Folha de S. Paulo**, 6 dez. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1838885-senado-desafia-supremo-e-mantem-renan-na-presidencia-da-casa.shtml>. Acesso em: 20 nov. 2018.

CHAISTY, Paul; CHEESEMAM, Nic; POWER, Timothy. Rethinking the ‘presidentialism debate’: conceptualizing coalitional politics in cross-regional perspective. **Democratization**, v. 21, n. 1, p. 72-94, 2014.

CHEIBUB, José Antonio. Making presidential and semi-presidential constitutions work. **Tex. L. Rev.**, v. 87, p. 1375, 2008.

CHEIBUB, Jose Antonio; LIMONGI, Fernando. From conflict to coordination: perspectives on the study of executive-legislative relations. **Revista Ibero-Americana de Estudos Legislativos**, v. 1, n. 1, p. 38-53, 2011.

CONGRESSO EM FOCO. **A “devolução” da MP 669: erro jurídico e instabilidade institucional**. 4 mar. 2015. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/opiniaocolumnas/a-%e2%80%9cdevolucao%e2%80%9d-da-mp-669-erro-juridico-e-instabilidade-institucional/>. Acesso em: 19 set. 2018.

CONGRESSO EM FOCO. **As seis principais conclusões do parecer**. 3 dez. 2008. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/as-seis-principais-conclusoes-do-parecer/>. Acesso em: 19 out. 2018.

CONGRESSO EM FOCO. **Garibaldi “devolve” a Lula MP que anistia filantrópicas**. 19 nov. 2008. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/garibaldi-devolve-a-lula-mp-que-anistia-filantropicas/>. Acesso em: 19 out. 2018.

CONGRESSO EM FOCO. **Parecer diz que devolução de MP 446 é inválida.** 4 dez. 2008. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/parecer-diz-que-devolucao-de-mp-446-e-invalida/>. Acesso em: 19 out. 2018.

CORREIO BRAZILIENSE. **Presidente do Senado pede retirada da MP da Filantropia do Congresso.** 19 nov. 2008. Disponível em: https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/politica/2008/11/19/interna_politica,50169/amp.html. Acesso em: 21 out. 2018.

DARRIEUX, Rodolfo Scotelaro Porto. **O contexto eleitoral e a produção legislativa. Como a eleição impacta no processo legislativo?** IESP nas Eleições, 18 jun. 2018. Disponível em: <http://iespnaseleicoes.com.br/o-contexto-eleitoral-e-a-producao-legislativa-como-a-eleicao-impacta-no-processo-legislativo/>. Acesso em: 27 nov. 2018.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. **Não vou sair do partido e ninguém me tira, afirma Eunício Oliveira.** 23 mai. 2018. Disponível em: http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/politica/2018/05/23/interna_politica,752949/nao-vou-sair-do-partido-e-ninguem-me-tira-afirma-eunicio-oliveira.shtml. Acesso em: 25 nov. 2018.

Diário do Senado Federal. Ano LXX Nº 022, quarta-feira, 4 de março de 2015.

Diário do Senado Federal. Ano LX Nº 036, quinta-feira, 7 de abril de 2005.

DINIZ, Vítor. **PEC do orçamento impositivo: um sonho que virou realidade?** Dissertação (Mestrado em Ciência Política), Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

ESTADO DE MINAS. **Eunício ameaça devolver MP que barra refinanciamento de dívidas rurais.** 27 jun. 2018. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2018/06/27/internas_economia,969838/eunicio-ameaca-devolver-mp-que-barra-refinanciamento-de-dividas-rurais.shtml. Acesso em: 2 nov. 2018.

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. **Lua Nova**, v. 44, p. 86-93, 1998.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Constitutional change, legislative performance and institutional consolidation. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. SPE1, p. 73-94, 2000.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Presidential power, legislative organization, and party behavior in Brazil. **Comparative Politics**, v. 32, n. 2, p. 151-170, 2000.

FOLHA DE S.PAULO. **Editorial**: MP devolvida. 21 NOV. 2008. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2111200802.htm>. Acesso em: 21 out. 2018.

FORTIN, Jessica. Measuring presidential powers: some pitfalls of aggregate measurement. **International Political Science Review**, v. 34, n. 1, p. 91-112, 2012.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies: constitutional courts in asian cases**. New York: Cambridge University Press, 2003.

GÓIS, Fábio. Cunha libera 11 ofícios de impeachment. **Congresso em Foco**, 19 jul. 2015. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/exclusivo-cunha-despacha-11-oficios-de-impeachment/>. Acesso em: 2 nov. 2018.

GÓIS, Fábio. Renan devolve medida provisória que reduz desoneração de pagamentos. **Congresso em Foco**, 3 mar. 2015. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/renan-devolve-medida-provisoria-que-desonera-folha/>. Acesso em: 21 out. 2018.

GÓIS, Fábio. Renan recusa convite para jantar com Dilma e cúpula do PMDB. **Congresso em Foco**, 2 mar. 2015. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/renan-recusa-convite-para-jantar-com-dilma-e-cupula-do-pmdb/>. Acesso em: 21 out. 2018.

GÓIS, Fábio. Temer ainda é alvo de 30 pedidos de impeachment. Quatro já foram arquivados. **Congresso em Foco**, 4 jul. 2018. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/temer-ainda-e-alvo-de-30-pedidos-de-impeachment-quatro-ja-foram-arquivados/>. Acesso em: 3 dez. 2018.

G1. **Para Cunha, decisão do STF de proibir chapa avulsa “afasta a disputa”**. 17 dez. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2015/12/cunha-diz-que-respeita-decisao-do-stf-sobre-impeachment-e-vai-cumprir.html>. Acesso em: 20 nov. 2018.

HARTMANN, Ivar. O processo de impeachment será aberto ou secreto? **JOTA Info**, 9 dez. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cunha-esbarrou-em-uma-especie-em-extincao-09122015>. Acesso em: 23 nov. 2018.

LIMA, Vandson. Renan pressiona governo e ameaça devolver MP das desonerações. **Valor Econômico**, 3 mar. 2015. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/3935340/renan-pressiona-governo-e-ameaca-devolver-mp-das-desoneracoes>. Acesso em: 22 out. 2018.

LIMONGI, Fernando. Impedindo Dilma, **Novos Estudos**, p. 5, 2017.

LIMONGI, Fernando. O passaporte de Cunha e o Impeachment: a crônica de uma tragédia anunciada, **Novos Estudos**, n. 103, p. 99, 2015; LIMONGI, Fernando. Impedindo Dilma, **Novos Estudos**, p. 5, 2017; LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. A crise atual e o debate institucional. **Novos Estudos**, n. 109, p. 78-97, 2017.

MACEDO, Fausto. Supremo nega liminar e define votação do impeachment do Norte para o Sul, alternadamente. **Estadão**, 14 abr. 2016. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/supremo-nega-liminar-e-define-votacao-do-impeachment-do-norte-para-o-sul-alternadamente/>. Acesso em: 20 nov. 2018.

MADUEÑO, Denise. Sarney envia à Câmara MP devolvida por Garibaldi ao Executivo. **O Estado de São Paulo**, 4 fev. 2009. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,sarney-envia-a-camara-mp-devolvida-por-garibaldi-ao-executivo,318304>. Acesso em: 19 out. 2018.

MAHONEY, James; THELEN, Kathleen. A theory of gradual institutional change. In: **Explaining institutional change: ambiguity, agency, and power**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

MARQUES, Fábio Henrique Soares Oliveira. **O processo legislativo aplicável à tramitação de medidas provisórias**: análise da constitucionalidade do incidente

de devolução. Monografia (Programa de Pós-Graduação), Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados/Cefor, Brasília, 2017.

MATAIS, Andreza. Garibaldi vai comandar Senado após crise. **Folha de S.Paulo**, 13 dez. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1312200714.htm>. Acesso em: 24 nov. 2018.

MATAIS, Andreza. Senado devolve MP das filantrópicas. **Folha de S.Paulo**, 20 nov. 2008. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2011200817.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

MCLEAN, Iain, William H. Riker and the invention of heresthetic(s). **British Journal of Political Science**, v. 32, n. 3, p. 535-558, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTEIRO, Tânia. Dilma reage e troca MP por Projeto de Lei com urgência. **O Estado de São Paulo**. 3 mar. 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,dilma-reage-e-troca-mp-por-projeto-de-lei-com-urgencia,1643800>. Acesso em: 21 out. 2018.

MOE, Terry M; HOWELL, William G. Unilateral action and presidential power: a theory. **Presidential Studies Quarterly**, v. 29, n. 4, p. 850-873, 1999.

MONTEIRO, Tânia. Lula ficou “chocado” com decisão de Garibaldi sobre MP 446. **O Estado de São Paulo**, 20 nov. 2008. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,lula-ficou-chocado-com-decisao-de-garibaldi-sobre-mp-446,281078>. Acesso em: 21 out. 2018.

MOURA, Rafael Moraes. Maia pede que Supremo decida sobre impeachment de Temer. **O Estado de São Paulo**, 12 dez. 2016. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,maia-pede-que-supremo-decida-sobre-impeachment-de-temer,10000094082>. Acesso em: 26 nov. 2018.

NEGRETTO, Gabriel L. Government capacities and policy making by decree in Latin America: the cases of Brazil and Argentina. **Comparative Political Studies**, v. 37, n. 5, p. 531-562, 2004.

OLIVEIRA, Mariana. Marco Aurélio cobra do STF agendamento da ação sobre impeachment de Temer. **G1**, 14 dez. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/ministro-cobra-carmen-lucia-sobre-julgamento-no-stf-de-impeachment-de-temer.ghtml>. Acesso em: 26 out. 2018.

OMS, Carolina; LIMA, Vandson. Ministro Marco Aurélio afasta Renan da presidência do Senado. **Valor Econômico**, 5 dez. 2016. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/4796553/ministro-marco-aurelio-afasta-renan-da-presidencia-do-senado>. Acesso em: 20 nov. 2018.

PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy J; RENNÓ, Lucio R. Agenda power, executive decree authority, and the mixed results of reform in the Brazilian congress. **Legislative Studies Quarterly**, v. 33, n. 1, p. 5-33, 2008.

PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy J; RENNÓ, Lucio. Under what conditions do presidents resort to decree power? Theory and evidence from the Brazilian case. **The Journal of Politics**, v. 67, n. 1, p. 178-200, 2005.

PEREIRA, Thomaz. Quais os poderes de Eduardo Cunha no impeachment? **JOTA Info**, 5 abr. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/quais-os-poderes-de-eduardo-cunha-no-impeachment-05042016>. Acesso em: 20 nov. 2018.

POSNER, Eric A; VERMEULE, Adrian. Constitutional showdowns. **U. Pa. L. Rev.**, v. 156, p. 991, 2007.

POZEN, David E. Self— help and the separation of powers. **Yale Law Journal**, v. 124, n. 1, p. 2-90, 2014.

PRADO, Mariana; TÜRNER, Cláudia. A Democracia e seu impacto nas nomeações das agências reguladoras e ministros do STF. **Revista de Direito Administrativo**, v. 250, p. 27-74, 2010.

RAMALHO, Renan; CALGARO, Fernanda. STF mantém Renan no Senado, mas o proíbe de assumir Presidência. **G1**, 7 dez. 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/maioria-do-stf-vota-pela-permanencia-de-renan-calheiros-na-presidencia-do-senado.ghtml>. Acesso em: 20 nov. 2018.

RECONDO, Felipe. Collor x Dilma: ritos parecidos, condenações diferentes. **JOTA Info**, 31º ago. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao>

-e-analise/artigos/collor-x-dilma-ritos-semelhantes-condenacoes-diferentes-31082016. Acesso em: 23 out. 2018.

RECONDO, Felipe. Um ministro, dois impeachments. **JOTA Info**, 16 dez. 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/um-ministro-dois-impeachments-16122015>. Acesso em: 24 nov. 2018.

REICH, Gary. Executive decree authority in Brazil: how reactive legislators influence policy. **Legislative studies quarterly**, v. 27, n. 1, p. 5-31, 2002.

SHUGART, Matthew Soberg; CAREY, John M. **Presidents and assemblies: Constitutional design and electoral dynamics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SADI, Andréia; NERY, Natuza. Mesmo com urgência, projeto que visa substituir MP não evitará atrasos. **Folha de S.Paulo**, 3 mar. 2015. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1597659-para-manter-desoneracao-dilma-vai-enviar-projeto-de-urgencia.shtml>. Acesso em: 20 nov. 2018.

SCOCUGLIA, Livia. Marco Aurélio libera para julgamento pedido de impeachment de Temer. **JOTA Info**, 15 mai. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/marco-aurelio-libera-para-julgamento-pedido-de-impeachment-de-temer-17052016>. Acesso em: 29 out. 2018.

SENADO FEDERAL. **Eunício anuncia que não vai devolver MP que altera renegociação de dívidas rurais**. 3 jul. 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/07/03/eunicio-anuncia-que-nao-vai-devolver-mp-que-altera-renegociacao-de-dividas-rurais>. Acesso em: 18 out. 2018.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 462, de 2008**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/88533>. Acesso em: 21 out. 2018.

SENADO FEDERAL. **Renan anuncia devolução da MP que reduz desoneração da folha de pagamento**. 3 mar. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/03/03/renan-anuncia-devolucao-da-mp-que-reduz-desoneracao-da-folha-de-pagamento>. Acesso em: 19 out. 2018.

STONE SWEET, Alec. **Governing with judges: constitutional politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TRAJANO, Humberto. Para autor de pedido contra Temer, Cunha agiu com “excesso de poder”. **G1**, 7 abr. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2016/04/para-autor-de-pedido-contra-temer-cunha-agiu-com-excesso-de-poder.html>. Acesso em: 26 nov. 2018.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. **J. Marshall Law Review**, v. 37, p. 523-553, 2004.

Este livro foi produzido pela FGV Direito Rio,
composto com a família tipográfica Gotham
e impresso em papel pólen,
no ano de 2019.

Prêmio Alfredo Lamy Filho de Inovação em Trabalho de Conclusão

ALESSANDRA CORRÊA CID, com o trabalho “Construção de um modelo preditivo para decisões do STF em Ações Diretas de Inconstitucionalidade”, orientada por Leandro Molhano e coorientada por Renato Rocha.

Prêmio Miranda Rosa de Qualidade em Trabalho de Conclusão

MARCOS PATRICK NUNES ALVES, com o trabalho “A constitucionalidade da instituição de políticas de cotas raciais na iniciativa privada à luz da jurisprudência do STF”, orientado por Diego Werneck Arquelhes.

Menção honrosa do Prêmio Alfredo Lamy Filho de Inovação em Trabalho de Conclusão

HELENA ANTUNES TEICH, com o trabalho “Intuição e decisão jurídica: uma análise da heurística da representatividade na tomada de decisão judicial”, orientada por Fernando Angelo Ribeiro Leal.

Menção honrosa do Prêmio Miranda Rosa de Qualidade em Trabalho de Conclusão

LUIZ CARLOS PENNER RODRIGUES DA COSTA, com o trabalho “Presidentes fracos: legados de perda de poder para o cargo da Presidência da República”, orientado por Diego Werneck Arquelhes.