

O sistema de decisão do Supremo Tribunal Federal e o problema da formação de precedentes

The decision system of the Supremo Tribunal Federal and the problem of precedents creation

Wagner Silveira Feloniuk*

Kevin Bertamoni Kayser**

RESUMO

O objetivo do artigo é fazer uma crítica ao sistema de decisão do Supremo Tribunal Federal, modelo que dificulta a formação de precedentes coerentes. Em primeiro lugar, será apresentado como é raciocinar a partir de precedentes, quais as vantagens deles e sob quais condições é possível segui-los. Depois, será analisado o modelo de votos múltiplos, com as qualidades e problemas que caracterizam esse modo tradicionalmente adotado nas cortes brasileiras. Será feita a análise da Extradução nº. 1085 para demonstrar que os problemas discutidos já acontecem na jurisprudência da corte suprema. O voto de cada ministro que determinou a posição da corte no caso referido será detalhado para que se verifique a capacidade de haver futuro uso dos precedentes em casos semelhantes.

* Doutorado em Direito Constitucional com bolsa CAPES (2013-), Mestrado Acadêmico com bolsa CNPQ (2012), Especialização em Direito do Estado (2011) e Graduação com Lâurea Acadêmica em Ciências Jurídicas e Sociais (2006-2010) na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Professor do Centro Universitário Metodista - IPA (2014-) e de pós-graduações lato sensu. Editor-Executivo da Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação PPGDir./UFRGS (2012-) e Membro do Corpo Editorial da Revista E-Civitas (2014-). Pesquisador dos Grupos de Pesquisa CAPES: A Revolução Federalista e o Ideário Parlamentarista (2014-), Clássicos do Direito do Estado (2014-) e Direito e Filosofia (2012-). Membro do Conselho de Pós-Graduação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS (2012-2013 e 2014-). Ex-Membro da Comissão de Pós-Graduação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS (2013-2014). Áreas de Pesquisa: Direito Constitucional, História do Direito, Teoria do Estado e Filosofia do Direito. Trabalho submetido em: 30 jul. 2014.

** Graduando em Ciência Jurídicas e Sociais na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2012-). Bolsista de Iniciação Científica Voluntário do grupo Processo Civil e Estado Constitucional (2014-).

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes. Sistema Majoritário. Supremo Tribunal Federal. Votos. Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT

The objective of the paper is to criticize the decision model of Brazilian Supremo Tribunal Federal, which difficults the creation of coherent precedents. First, it will be presented what is reasoning from precedent, the advantages of following them and how it is possible. Then, we will analyze the model of multiple votes, with the qualities and the problems that mark this system traditionally utilized in Brazilian courts. The analysis of Extradition number 1085 will be done to demonstrate that the problems discussed already happen in the cases of the Supreme Court. The vote of each justice that determined the court's decision in the case will be detailed to verify the capacity of the precedents to be used in cases alike in the future.

KEYWORDS: Precedents. Majority System. Supremo Tribunal Federal. Votes. Constitutional Precedents.

INTRODUÇÃO

Artigo introduzindo as vantagens e prejuízos existentes no sistema de votação do Supremo Tribunal Federal (STF). A corte tradicionalmente utiliza um sistema no qual cada juiz pode fundamentar livremente suas decisões antes de elaborar o dispositivo. O sistema usualmente não causa dificuldades para encontrar a decisão da corte sobre o caso, mas pode se tornar problemático quando casos posteriores necessitarem utilizar os argumentos que fundamentaram a decisão original.

Nos Estados Unidos da América, houve um largo período de tempo em que os votos eram dados unitariamente. O surgimento de decisões com votos semelhantes ao tribunal brasileiro gerou várias críticas e uma doutrina rica para desenvolver o tema. Em um ambiente

no qual os precedentes são essenciais e havia grande uniformidade dos fundamentos, os novos votos foram objetos de estudos e considerações profundos.

O trabalho utiliza especialmente doutrina norte-americana para explicar porque o sistema de precedentes do *Common Law* se tornou relevante no Brasil. Com essa base, se define minimamente o significado de precedentes e se passa ao modelo brasileiro. São estudados os benefícios e problemas do sistema adotado. Por fim, estabelecendo uma conexão com a realidade jurisprudencial da corte, é estudado o famoso caso da Extradução nº. 1085, do italiano Cesare Battisti. Essa análise não se volta a estudar o mérito da decisão, mas as dificuldades de compreender a jurisprudência da corte quando magistrados concordam com uma solução, mas apresentam fundamentos diferentes para tomá-la.

1 Decisões do Supremo Tribunal e o uso de precedentes

Decisões com efeitos semelhantes aos do precedente do *Common Law* vêm sendo utilizadas com maior frequência nos países de tradição romano-germânica em função da instituição de tribunais constitucionais a partir dos anos 1920 (ENTERRÍA, 2006, p. 61-64). A função de proteger e dar eficácia à Constituição torna importante que decisões emanadas dessas cortes tenham um efeito amplo, uniformizando as decisões para que elas tenham força rapidamente e com igualdade. Se a corte tem o poder de retirar ou alterar normas do ordenamento jurídico, suas decisões devem receber efeitos que facilitem e deem o alcance adequado a essa função. Como afirma Schauer (2009, p. 38), seguir precedentes é diferente de aprender com o passado. Sem ser precedente, é possível que decisões emanadas de qualquer ente sejam persuasivas por suas qualidades e tenham repercussões em atos futuros. A ideia de seguir precedentes é outra. Algumas decisões passam a ser seguidas obrigatoriamente em função de seu *status* (SCHAUER, 2009, p. 40).

O juiz não deve seguir essas decisões por acreditar na sua adequação. A obrigação surge da anterioridade e da autoridade que prolatou, conforme distribuições de competência estabelecidas na Constituição ou em normas de organização judiciária. Chamaremos de precedente no Brasil, portanto, as decisões que tem a potencialidade de se firmarem como paradigma de orientação de jurisdicionados e magistrados por sua origem (MARINONI, 2010, p. 215). Nos Estados Unidos, são normalmente decisões vinculantes de cortes superiores da

mesma jurisdição, assim como decisões da mesma corte de apelação, a que as cortes atribuem valor de decisão obrigatória (SUMMERS, 1997, p.364).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem diversas ferramentas a sua disposição para julgar inconstitucionalidades. Muitas delas, por decisão do constituinte ou construção jurisprudencial recente, têm características transcendentais em relação às partes e são associáveis aos precedentes do *Common Law* (MENDES, 2011, p. 310-322). São decisões com efeitos amplos, obrigando jurisdicionados que não tiveram envolvimento com o caso e também o próprio Estado.

2 Conceituação mínima de precedente

São apresentados três argumentos relevantes à realidade brasileira sobre os benefícios dos precedentes. O sistema de precedentes auxilia a resolver problemas de coordenação (ALEXANDER; SHERWIN, 2004, p. 2). Problemas de coordenação são os custos que resultam dos desacordos morais ou da incerteza de como os cidadãos resolverão questões sobre o que eles são moralmente permitidos, requeridos ou proibidos de fazer (ALEXANDER, 2005, p. 6). A confiança e a previsibilidade trazida pelo sistema de precedentes diminuem esses custos. Sabendo que as cortes respeitarão as decisões passadas, os indivíduos podem basear-se no que elas estabeleceram para guiar seu comportamento.

O sistema de precedentes ajuda na pacificação social. Saber o resultado das decisões das cortes faz com que haja menos litigância. Quando um indivíduo sabe que os tribunais decidirão contra sua pretensão, há menor chance de demandar. Por outro lado, em um sistema que as cortes decidem uma questão de muitas formas diferentes, porque não seguem decisões anteriores, haverá mais demandas ao poder judiciário – a falta de uniformidade cria uma vantagem em apostar (MARINONI, 2010, p. 181).

O sistema de precedentes também traz a vantagem da eficiência decisória. Eficiência decisória remete à diminuição do esforço na tomada de decisão judicial. Um sistema de precedentes permite menos reconsideração de questões anteriormente decididas (SCHAUER, 1986-1987, p. 599). Seguir um precedente é muito menos trabalhoso do que dar uma nova

solução para o caso – o que exige que o tomador de decisão analise-o em sua riqueza de detalhes, especialmente normativos. Tratar algumas decisões como já resolvidas permite que os juízes decidam com mais facilidade, diminuindo o tempo de duração do processo (MARINONI, 2010, p. 186-187).

Apesar dessas três grandes qualidades gerais, seguir um precedente não é uma tarefa simples. Em sentido amplo, eles servirão para casos similares ou iguais no futuro. No entanto, a clareza da definição em um precedente pode ser fundamental para que a capacidade de segui-lo seja facilitada. Ter um precedente sobre raças de cachorro em condomínios pode acabar sendo pouco útil quando a convenção do próximo imóvel litigante falar apenas em tamanhos ou pesos. O caso em mãos e o caso do precedente não são, e não serão, exatamente iguais (SCHAUER, 2009, p. 44). Ter a resposta a um caso concreto não é o suficiente para saber determinar os demais problemas trazidos à resolução do poder judiciário. Saber exatamente a ordem contida em um precedente é um fato fundamental para que ele possa ser seguido.

Para analisar se o caso anterior é realmente um precedente para o atual, é preciso olhar para a *ratio decidendi* – a razão pela qual a corte decidiu. Precisamos saber não só o que a corte decidiu, mas por que a corte decidiu de determinada maneira (SCHAUER, 2009, p. 50).

Uma clássica possibilidade de achar a *ratio*, proposta por Goodhart, seria olhar para os fatos do caso do precedente como descritos pela corte e tomar os elementos fundamentais desses fatos, em conjunto com o resultado do caso, como *ratio decidendi* (SCHAUER, 2009, p. 51). Porém, analisar somente os fatos da decisão nem sempre ajuda a determinar se o caso é similar ao caso do precedente. Isso acontece, dentre muitos motivos, porque os fatos podem ser caracterizados em níveis de generalidade diferentes (DUXBURY, 2008, p. 86). Por exemplo, um caso envolvendo um carro pode ser caracterizado como um caso envolvendo um meio de transporte ou como um caso envolvendo um produto de consumo. Conhecer o fundamento da decisão do juiz é essencial.

Outro importante modo para determinar a *ratio* seria se voltar para as palavras usadas na fundamentação da decisão em seu significado literal, conforme a doutrina de Schauer (2009, p. 53)¹. Se a corte decidiu tomar uma decisão porque "donos de cachorros são responsáveis por ataques", um caso posterior envolvendo um urso não estaria englobado pelo precedente.

¹ Sobre significado literal e a possibilidade da linguagem limitar a tomada de decisão, consultar *Formalism*, nas páginas 524 a 530; *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, nas páginas 53 a 73 e *A Critical Guide to Vehicles in the Park*, nas páginas 15 a 20, todas do autor Frederick Schauer.

Diferentemente, se a corte tomasse a decisão de que "donos de animais são responsáveis por ataques", um caso envolvendo um urso estaria englobado. Esse modelo é chamado de "modelo-regra". Nele, as palavras usadas pela corte determinam o grau de generalidade dos fatos e funcionam como uma regra escrita. Explicitando o motivo de ter tomado a decisão, a corte permite que em casos subsequentes outros juízes consigam confiar nela e consigam obedecê-la (SCHAUER, 2009, p. 55) de modo especialmente seguro para a segurança jurídica.

Muitas questões podem ser levantadas sobre como assegurar que os precedentes possam ser seguidos. No Brasil, surge a dúvida sobre como cortes com vários membros podem tomar decisões adequadas para pacificar a sociedade se cada magistrado tiver seus próprios votos separados. Chegar ao mesmo resultado final não é suficiente para guiar todos os casos no futuro. Haverá uma diversidade de situações "apenas semelhantes" aos precedentes julgados. Nelas, a análise das palavras e fundamentos são necessárias para possibilitar ao próximo juiz aplicar a ordem do caso anterior. A existência de uma multiplicidade de motivos diferentes ou até contraditórios em posições vencedoras faz com que haja sérios riscos à segurança jurídica e à capacidade de se guiar pelas decisões dos magistrados.

3 Qualidades do sistema de votos múltiplos

O Supremo Tribunal Federal não utiliza um sistema com qualidades pequenas. O método majoritário apresenta vantagens em muitos aspectos, como aponta um dos seus maiores pesquisadores. Para Waldron, quando uma grande população atua conjuntamente sobre uma questão comum, existem desacordos sobre o que se deve fazer. E os desacordos não devem ser vistos como imprevistos nem como irrazoáveis. Convivemos com pessoas que não compartilham nossa visão sobre direitos. E essas pessoas discordam de boa-fé sobre questões de justiça e de políticas concretas, inclusive depois de deliberarem (WALDRON, 1999, p. 92-93). Muitas das colocações do autor servem para apresentar também as qualidades existentes em um sistema de voto como o brasileiro, no qual cada magistrado do Supremo Tribunal Federal tem seu voto e as decisões vencedoras nem sempre tem as mesmas *rationes*. Além delas, qualidades específicas desse sistema em colegiados pequenos ainda serão apontadas.

A necessidade de os membros da comunidade terem uma direção comum sobre determinadas questões é uma realidade da política, apesar dos desacordos existentes sobre qual

deveria ser essa direção (WALDRON, 1999, p. 102). E essa base comum para a ação em questões de justiça não deve ser fundada na possibilidade de criação de um consenso amplo, mas deve ser forjada respeitando os desacordos (WALDRON, 1999, p. 106). As decisões de uma corte constitucional têm essa característica de direção comum pela sua amplitude. E, apesarem de serem tão poucos membros, não se deve supor que formar um consenso em todos os casos é possível. Um método de deliberação que respeita esses desacordos é o da decisão majoritária.

Quando um grupo precisa tomar uma decisão, o sistema do voto majoritário permite que todos tomem uma escolha política comum apesar dos desacordos entre eles (WALDRON, 1999, p. 158). Também, esses sistemas permitem que qualquer pessoa identifique qual é a escolha favorecida pela maioria, ainda que essa escolha pareça incorreta para o observador (WALDRON, 1999, p. 107-108).

A decisão majoritária respeita as diferenças de opiniões sobre justiça porque não ignora o ponto de vista de ninguém em nome de um consenso imaginário. Esse respeito concerne à maneira que tratamos as crenças dos demais sobre a justiça em circunstâncias em que nenhuma crença é autojustificatória. Todo indivíduo deve contemplar a possibilidade de sua crença estar equivocada, e não deve agir ignorando essa possibilidade (WALDRON, 1999, p. 111). Deve-se entender que há outras mentes trabalhando nas questões que enfrentamos e que as diferenças nas experiências, em conjunto com a complexidade das questões tratadas, fazem com que pessoas racionais assumam posições diferentes.

O método de decisão majoritária dá um peso positivo ao fato de que um determinado membro de um grupo sustente uma certa opinião (WALDRON, 1999, p. 113). Sustentar uma opinião pode se tornar essencial para que toda a sociedade adote uma escolha. Isto é, o sistema de voto majoritário pode tornar as opiniões decisivas (WALDRON, 2013, p. 20). Por exemplo, em uma votação composta de 9 legisladores, com 4 votos a favor da política *y* e 4 a favor da política *x*, o último voto que está para ser dado terá importância na escolha da opinião que prevalecerá. O ponto de vista de cada um pode ser minimamente decisivo (WALDRON, 1999, p. 114). Esse efeito é verdadeiro em grandes grupos, como os estudados por Waldron, mas se torna ainda mais verdadeiro quando suas considerações são tomadas sobre cortes judiciais. Isso garante que todos os membros dela tenham efetivo peso nas deliberações.

Esse sistema tem outra característica fundamental: a neutralidade. O sistema de deliberação majoritário é neutro entre as diferentes opiniões – não favorece nenhuma em

detrimento de outra. Desse modo, é justo para os diversos apoiadores de diversas opções (WALDRON, 2013, p. 20). Participar do grupo minoritário e não ter a opinião seguida é uma possibilidade constante, mas essa ocorrência não prejudicará a posição.

O método de decisão majoritária ainda é equitativo. Dá igual peso ao ponto de vista de cada pessoa no processo pelo qual será selecionado um desses pontos de vista como o do grupo (WALDRON, 1999, p. 114). Esse é um dos elementos essenciais do sufrágio na política, mas também é um elemento importante para garantir a igualdade em uma corte de magistrados. Ele dificulta que se estabeleçam hierarquias no grupo, inclusive as informais.

O sistema de decisão majoritária dá ao ponto de vista de cada indivíduo o maior peso possível. Em algumas situações, como no caso de uma eleição, pode parecer que cada voto tem um valor baixo. Mas se uma decisão deve ser tomada por muitas pessoas, qualquer tentativa de conceder um grande peso ao voto de uma única pessoa só seria possível reduzindo o valor da opinião dos outros (WALDRON, 1999, p. 114). No caso das cortes, a igualdade de peso pode ser sentida claramente e de maneira transparente ao público, reforçando a legitimidade da decisão.

Os desacordos estão presente também nos tribunais. E, respeitando os desacordos entre os juízes, é justamente o método de decisão majoritária que o Supremo Tribunal Federal utiliza para tomar suas decisões.

Tomemos como exemplo o caso de uma pessoa que quer receber indenização de uma empresa por causa de um acidente de carro causado por um erro da montadora. Três juízes decidem que o demandante deve ser indenizado porque "montadoras de veículos são responsáveis por acidentes de carros causados por erros de fábrica". Outros três juízes decidem, também, que o demandante deve ser indenizado – porém, a razão das decisões é que as "empresas em geral são responsáveis por acidentes causados por seus produtos em virtude de erro de fábrica". E os demais cinco juízes decidem, por diversas razões, que o demandante não deve ser indenizado. Através desse exemplo, pode-se perceber que o sistema majoritário usado pelo STF conserva as vantagens do sistema majoritário citadas anteriormente.

Os argumentos de cada juiz fizeram parte da decisão. Também é possível identificar qual escolha comum foi tomada pela maioria (o demandante deve ser indenizado, ao menos algumas fábricas devem indenizar por seus erros). Além disso, caso um dos juízes que votou a favor de que o demandante fosse indenizado tivesse decidido pelo outro resultado, a decisão

comum seria em favor da não indenização do demandante. Isso mostra o peso minimamente decisivo do voto de cada juiz. Por fim, o sistema de decisão tratou cada voto com o mesmo peso.

O sistema majoritário em cortes judiciais é fator relevante para garantir que a decisão final tenha um elevado grau de igualdade e independência. O sistema, em cortes com votos públicos, apresenta até mesmo a possibilidade de legitimação social pelo convencimento e transparência induzidas pela publicidade – benefícios adicionais, que a votação majoritária não tem possibilidade de criar em votações de larga escala.

No entanto, o exemplo começa a apresentar também os problemas desse sistema. Não há maioria sobre qual o fundamento para indenizar. Três juízes afirmaram que o dever existe por haver um erro em uma fábrica, e todos os casos futuros envolvendo fábricas estariam englobados. Outros três afirmaram que o dever surgiu especificamente para montadoras de veículos, e os casos com outros tipos de fábricas não poderia utilizar esse precedente. Como não houve maioria no uso de argumentos, em um sentido rigoroso, há apenas o dever de indenizar sem um posicionamento sólido da corte sobre o porquê – há diversos porquês e eles se aplicariam a casos diferentes no futuro.

A situação se complicaria ainda mais se os cinco juízes que discordam do dever de indenizar utilizassem o mesmo fundamento para se posicionar contrariamente. Nesse cenário, surgiria o dever de indenizar do dispositivo, mas o fundamento mais utilizado pela corte seria no sentido de não haver o dever de desfazimento de danos.

4 Críticas ao sistema de votos múltiplos

Foram analisados os pontos fortes do sistema de votos múltiplos utilizado pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, esse modelo apresenta pontos fracos. As defesas de Waldron sobre o método majoritário são feitas sobre sociedades e seus representantes, que são decisões bastante diferentes das decisões judiciais. As decisões das Cortes Supremas têm uma necessidade bem maior de estabilidade, segurança e, em especial, capacidade de serem compreendidas e respeitadas por todos os agentes públicos que têm o dever de as utilizar. Decisões políticas de um parlamento precisam ser aplicadas. Decisões com força de precedentes precisam ser

aplicadas e coordenar a produção de novas decisões por parte de agentes com pouco tempo e apoio logístico (magistrados de primeiro grau). Essa coordenação traz necessidades diferentes.

Como é da natureza do Direito, em uma perspectiva lógico argumentativa, a admissão de uma pluralidade de significados oriundos da sua interpretação, é imprescindível que exista um meio institucional encarregado de concentrar o significado final em que esse deve ser tomado em determinado contexto e de velar pela sua unidade. E é precisamente essa a função que a Corte Suprema deve desempenhar: dar unidade ao Direito mediante a sua adequada interpretação a partir do julgamento de casos a ela apresentados. Com isso, a função das Corte Suprema é proativa, **sendo sua atuação destinada a orientar a adequada interpretação e aplicação do Direito por parte de toda a sociedade civil e de todos os membros do poder judiciário.**" (MITIDIERO, 2013, p. 68, grifo nosso)

Entre 1801 e 1955, apenas 45 casos com pluralidade de decisões haviam ocorrido na Suprema Corte dos Estados Unidos. Entre 1953 e 2006, em ritmo de aumento progressivo, foram 195. Especialmente durante a década de 1970, no período de Warren Burger, houve um aumento importante no número desses casos e eles passaram a receber mais atenção da doutrina (SPRIGGS II; STRAS, 2011, p. 517). Escrevendo naquele período, David e Reynolds apresentam uma série de considerações realizadas pela doutrina norte-americana.

Uma maioria formada por decisões com muitos argumentos não é, em sentido estrito, uma decisão da corte em si. Ela representa as visões dos juízes, que não carregam a mesma autoridade que a corte tem como instituição. O fato de que uma decisão seja apenas apoiada por um grupo de juízes da corte pode comprometer sua aceitação pública e entre os profissionais da área (DAVIS; REYNOLDS, 1974, p. 61-62). Socialmente, decisões com diversos fundamentos aumentam a possibilidade de discordância sobre as escolhas feitas. Há um menor grau de definitividade quando decisões diferentes, e talvez contraditórias, compõe o resultado final de uma votação. Nos Estados Unidos da América, se afirmou que até mesmo a efetividade e legitimidade da decisão sobre a sociedade pode ser comprometida por decisões que não apresentem um argumento da corte, e sim, uma composição não coerente de decisões. No Brasil, ninguém discutiria a legitimidade das decisões através de votos individuais. No entanto, mostrando a importância do argumento, as decisões tomadas por unanimidade dos votos costumam ter esse aspecto ressaltado como sinal de certeza da corte sobre a decisão.

Além disso, dentro da própria corte, uma decisão não unânime terá menos peso como precedente. Juízes que votaram em uma decisão não unânime tem maior liberdade de mudar sua posição em outros casos do que se eles tivessem participado de uma decisão "da Corte".

Novos membros que ingressam nela, após o pronunciamento de uma decisão dividida, estão mais livres para divergir da decisão sem considerarem as sérias consequências de fazerem o *overruling* de um precedente firmemente estabelecido pela unanimidade (DAVIS; REYNOLDS, 1974, p. 62-66). Assim, a jurisprudência constitucional não se desenvolve em um processo ordenado de progressão tão firme quando há inúmeros fundamentos para cada caso².

Terceiro, uma decisão dividida geralmente falha em estabelecer um padrão de conduta definitivo para a própria corte e para as cortes inferiores, o que gera uma confusão coletiva para tentar entender o que foi sustentado pela corte no caso (DAVIS; REYNOLDS, 1974, p. 62). Quando cada um dos ministros do lado vencedor apresenta razões diferentes para as decisões, não se sabe qual ou quais dos votos será o precedente. Também não se sabe qual será a *ratio* que servirá como padrão de conduta. Quando uma maioria de juízes concorda com uma decisão mas discorda sobre as razões para se tomar essa decisão, identificar a *ratio decidendi* do caso pode ser um exercício de arbitrariedade (DUXBURY, 2008, p. 73).

A respeito desse terceiro argumento, o Brasil apresenta ainda alguns problemas peculiares, como a extensão dos votos da corte. Marcelo Neves traz o problema com clareza:

Não se sedimenta uma jurisprudência que construa precedentes orientadores de futuros julgamentos. Relacionado a esse problema, ocorre, não raramente, uma deficiente clareza no fundamento da decisão. É verdade que essa questão relaciona-se com a própria organização institucional do procedimento de tomada de decisão no STF. **Cada ministro apresenta votos (geralmente longuíssimos) em separado, aduzindo argumentos e razões os mais diversos.** Não é comum que cheguem aos mesmos resultados com argumentos os mais diferentes. O acórdão final torna-se, em casos relevantes, inconsistente: **o fato de a maioria ou a unanimidade decidir no sentido da parte dispositiva do acórdão nada diz sobre os seus fundamentos, pois cada um aduz argumentos que, em alguns casos, são incompatíveis.** (NEVES, 2013, p. 199, grifo nosso)

² Até mesmo um Justice da Suprema Corte dos Estados Unidos da América comentou o problema. Afirma Lewis Powell: "*I also mention the frequency of separate writings and splintered opinions. Last term, the Court decided eighteen cases over ten percent of its entire merits docket without an opinion joined by a majority of the Court. Although I have written my share of separate opinions, in hindsight I would urge the Court to look carefully at the effects of this practice on respect for the Court as an institution. Splintered decisions provide insufficient guidance for lower courts. They may promote disrespect for the Court as a whole and more emphasis on "vote counting." Failure of the Court to settle on a rationale for a decision invites perpetual attack and reexamination. The Justices "have an institutional responsibility not only to respect stare decisis, but also to make every reasonable effort to harmonize [their] views on constitutional questions of broad practical application"*" (POWELL, 1990, p. 289).

Os problemas de coordenação, os quais visa-se resolver com o uso do sistema de precedentes, continuam a existir. Já que há dúvida sobre qual *ratio* um juiz posterior estará vinculado, as pessoas não saberão como devem guiar suas condutas. Isso abala a previsibilidade e a confiança desejáveis no sistema.

A insegurança trazida pela indefinição da *ratio* cria consequências negativas para outro objetivo da utilização do sistema de precedentes: a pacificação social. O sistema judiciário será mais acionado pelos cidadãos pelo fato deles não saberem como as cortes agirão diante dos casos.

Esse modelo também afeta o terceiro benefício trazido pelo sistema de precedentes: a eficiência decisória. Já que cada ministro do STF escreve seu próprio voto, alguns bastante grandes³, o juiz que tentará seguir o precedente deve ler cada um dos votos para saber quais foram as razões invocadas pelos ministros. Essa é uma tarefa que exige muito tempo do tomador de decisão do caso subsequente. Além disso, em um sistema de votos múltiplos, a dificuldade trazida pela identificação de qual será a *ratio* dominante, dentre diversas possíveis, repercutirá em aumento do tempo de duração do processo.

5 Extradução 1085 e o conceito de Crime Político

A dificuldade em formar precedentes que sirvam como padrão de conduta confiável está evidente em alguns casos importantes julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Um exemplo relevante é a Extradução nº. 1085.

No ano de 2009, foi julgado o pedido de extradicação do italiano Cesare Battisti, formalizado pelo Governo da Itália. Ele foi condenado, por decisão da Corte de Apelações de Milão, à pena de prisão perpétua pela prática dos homicídios premeditados de Antônio Santoro, Lino Sabbadin e Andrea Campagna e pelo homicídio de Pierluigi Torregiani. Em 2007, Battisti havia sido preso por agentes da Polícia Criminal Internacional no Estado do Rio de Janeiro (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 8-10). Battisti solicitou o reconhecimento da

³ A soma dos votos da Ação Penal 470 tem 8405 páginas. É um voto extenso, mas são comuns os votos com centenas de páginas nos julgados de maior relevo da corte (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2012).

condição de refugiado perante o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), que indeferiu o pedido de refúgio em 2008 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 15-16).

Foi interposto recurso, e o Ministro da Justiça reconheceu a condição de refugiado a Cesare Battisti (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 16). O Supremo Tribunal Federal, por maioria, considerou ilegal o ato do Ministro da Justiça e deferiu o pedido de extradição por cinco votos a quatro.

Serão analisados os fundamentos de votos dos ministros do lado vencedor, daqueles cinco magistrados que estabeleceram a definição dominante na corte de "crime político". Se eles mostrarem importantes diferenças de fundamento, ficará demonstrada a dificuldade que outros casos encontrarão para se apoiar nessa jurisprudência criada.

O primeiro ministro analisado foi Carlos Ayres Britto, ele não deu a sua definição de crime político, apenas apoiou a decisão dos ministros vencedores.

A ministra Ellen Gracie afirmou que **se a ação violenta for dirigida contra terceiros não envolvidos no conflito (inocentes) ou os fatos constitutivos da infração caracterizarem um crime comum, o delito perderá a sua conotação política principal**. Citou o julgamento da EXT 694 e acrescentou que a Corte deixou claro que **não se pode considerar de natureza política os delitos imputados ao extraditando quando praticados contra a vida ou à incolumidade física das pessoas** (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 291). Por fim, ponderou que mesmo considerando a atividade política do extraditando há nas condutas imputadas no pedido extradicional evidente preponderância das infrações penais comuns, o que afasta a alegação de crime político (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 294).

Gilmar Mendes afirmou que **a jurisprudência Brasileira é dominada pelo sistema da atrocidade dos meios, no qual o conceito de crime político não abrange ações violentas marcadas pela crueldade, pelo atentado à vida e à liberdade, especialmente atividades terroristas de todo o tipo** (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 459). Para o Ministro, certas espécies de crimes, independentemente de sua motivação ou de sua finalidade política, não constituem crimes políticos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 464). Ponderou que há diferença na capitulação de um ato como crime comum ou político, conforme o regime de determinado país seja democrático ou totalitário, ou mesmo ditatorial. **"Havendo democracia, não há espaço, em princípio, para atribuir a um delito as características e os efeitos de um crime político"**. "Havendo ditadura, a possibilidade do crime político existe".

Por fim, afirmou que a adoção dos critérios de preponderância e de atrocidade nunca prescindiu da análise do contexto político em que praticados os atos criminosos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 469-470).

Cesar Pelluso afirmou que "o sistema adotado por nossa legislação é o da preponderância do caráter político ou do comum no crime complexo, pois autoriza a extradição quando o crime comum conexo constitua fato principal da unidade delituosa. **Não se concederá a extradição quando o fato configurar crime político; mas esta exceção não impedirá a extradição, quando o crime comum, conexo ao delito político, representar o fato principal** (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 124-125). "O Ministro acrescentou que **a corte tem adotado o critério da preponderância do crime comum** quando o fato constitui ilícito penal comum, conexo ao delito de caráter político (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 126). Para ele, **toca à corte sopesar, caso a caso, o contexto fático, histórico, político e social em que tenha sido praticada a conduta delituosa imputada ao extraditando**, para daí apurar o fato de caráter preponderante no crime complexo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 133).

Por fim, o Ministro Pelluso ainda utilizou critérios específicos para a caracterização dos crimes políticos originados da obra de Maurice Travers e Manoel Colho Rodrigues (RODRIGUES, 1930, p. 496). Ponderou que "o perfil político do crime complexo só se reputa predominante quando coexistam três condições:

a) ter sido o ato cometido com o fim de preparar ou assegurar o êxito de um ato político puro, isto é, um empreendimento dirigido contra a organização política ou social do Estado;

b) haver uma relação direta entre o fato incriminado e o fim que se impôs um partido para organizar a organização política do Estado. Não seria o bastante uma relação mais ou menos perceptível;

c) e, não ser a atrocidade do meio empregada de tal ordem, que o caráter de Direito comum se torne predominante, apesar da natureza do fim almejado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 153-154).

O Ministro Ricardo Lewandowski caracterizou os crimes como crimes comuns, porque a sua condenação se deu com base na lei penal comum e não com base na legislação que trata de ilícitos de natureza política. Afirmou que as circunstâncias e o modo em que foram levadas a efeito, mediante premeditação e por mero sentimento de vingança e emulação, levam à

conclusão de que os crimes são de natureza comum (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2009, p. 257).

A doutrina também define crime político com um conceito diferente da posição dos ministros. Segundo Celso de Mello, por exemplo, há dois critérios para determinar o que é um crime político. Um é o objetivista, que define o crime político como aquele perpetrado contra a ordem política estatal – o bem jurídico deve ser de natureza política. O outro é o subjetivista, que considera crime político o que foi cometido com finalidade política (2002, p. 988). Os crimes políticos não abrangeriam crimes antissociais nem os atentados contra a vida de chefes de Estado. Os crimes antissociais se distinguem dos crimes políticos, pois enquanto os crimes políticos visam a destruição de determinada forma de governo, os antissociais visam a destruição de qualquer governo. Não se dá a extradição de crime político conexo, o crime comum é absorvido. Só se dará a extradição, pela lei brasileira, quando o crime comum for o principal e o político o acessório (MELLO, 2002, p. 990-991).

As diferentes caracterizações de "crime político" apresentadas nos votos formaram um precedente inconsistente. Em um caso posterior, as *rationes* podem levar a diferentes resultados. Tomemos como exemplo o caso de um estrangeiro que comete um crime contra a vida de outra pessoa em um país com características ditatoriais e no qual o homicídio é crime:

a) seguindo os fundamentos da Ministra Ellen Gracie, não se pode considerar de natureza política os delitos praticados contra a vida ou à incolumidade física das pessoas, especialmente um inocente – portanto, o crime não poderia ser considerado político;

b) levando-se em conta o voto de Gilmar Mendes, já que praticado em uma ditadura, há a possibilidade do crime ser considerado político, mas ele seria descartado se o crime foi marcado pela crueldade, pelo atentado à vida e à liberdade, e especialmente se envolveu atividades terrorista;

c) para Pelluso, só se pode caracterizar o crime como político complexo quando o crime comum não for o principal e existirem três condições: ato dirigido contra a organização política e social do Estado, relação direta entre o fato incriminado e o fim que se impôs e não ser a atrocidade empregada de tal ordem que o caráter de Direito comum se torne predominante. Logo, seguindo essa *ratio*, o crime poderia ser considerado político ou não;

d) Lewandowski, por fim, verificaria se o crime foi condenado utilizando legislação de crimes políticos e se houve premeditação ou sentimento de vingança, fazendo com que provavelmente o crime fosse ser tratado como comum.

O exemplo revela que o precedente formado na Extradução nº. 1085 não apresenta *rationes* harmônicas. Desse modo, não serve como padrão de conduta determinado para a sociedade se planejar nem para as cortes inferiores decidirem de modo uniforme. Ele não contribui para a coerência e consistência do sistema. Frustra-se, assim, uma importante função do Supremo Tribunal Federal enquanto corte suprema.

CONCLUSÃO

Constatou-se que o sistema de votos múltiplos garante as qualidades trazidas pelo método majoritário. Porém, afeta negativamente três importantes vantagens do sistema de precedentes: a diminuição dos problemas de coordenação, a pacificação social e a eficiência decisória.

Um método que preservaria as vantagens do sistema de precedentes seria o de voto único. Os juízes poderiam decidir após discussão privada. Decidida a posição, elaborariam apenas uma decisão, escrita em conjunto. As eventuais dissidências poderiam ser publicadas em apartado. Nesse sistema, os juízes criadores do voto poderiam ter maior controle para determinar qual será a *ratio* da decisão que servirá como padrão de conduta. Também ficaria menos trabalhoso para os outros juízes lerem a decisão e a seguirem, em função de ser apenas um voto. O tamanho reduzido da decisão e a clareza de qual *ratio* servirá como padrão de conduta fariam com que as pessoas tivessem acesso facilitado ao precedente e litiguassem menos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Judges as Rulemakers**. University of San Diego School of Law. Legal Studies Research Paper Series. Research Paper No. 05-14. 2004.

ALEXANDER, Lawrence. **Law and Formalism**. University of San Diego School of Law. Legal Studies Research Paper Series. Research Paper No. 07-18. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal 470**, Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Joaquim Barbosa. Brasília: 17 de dezembro de 2012. Disponível em <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acessado em 28 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição no. 1085**, Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Cezar Peluso. Extraditando: Cesare Battisti. Brasília, 16 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610034>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

DAVIS, John; REYNOLDS, William. **Juridical Cripples: Plurality Opinions in the Supreme Court**. Duke Law Journal: Vol 1974:59.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge University Press, 2008.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 4ª ed. Navarra: Civitas; Thomson Reuters, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In: **Tratado de Direito Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

POWELL, Lewis. **Stare Decisis and Judicial Restraint**. Washington and Lee Law Review: 281, 1990.

RODRIGUES, Manoel Coelho. **A extradição no direito brasileiro e na legislação comparada**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930. Tomo I.

SCHAUER, Frederick. **A Critical Guide to Vehicles in the Park**. New York University Law Review, forthcoming, 2008.

_____. **Thinking like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2009

_____. **Formalism**. The Yale Law Journal, Vol. 97, No. 4, 1988.

_____. **Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

_____. **Precedent**. 39 Stan. L. Rev. 571. 1986-1987.

SPRIGGS II, James F.; STRAS, David R. Explaining Plurality Decision. Saint Louis: Washington University in St. Louis, 2011.

SUMMERS, Robert. Precedent in the United States (New York State). Interpreting Precedents: a comparative study. London: Dartmouth, 1997.

THURMON, Mark Alan. **When the Court Divides: Reconsidering the Precedential Value of Supreme Court Plurality Decisions**. Duke Law Journal: Vol. 42:419, 1992.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. **The Dignity of Legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

_____. **Five to Four: Why do Bare Majorities Rule on Courts?** New York University School of Law. Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Working Paper No. 12-72. 2013.