

ANÁLISE COMPARADA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: OS SISTEMAS AMERICANO, ALEMÃO E BRASILEIRO¹

Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave²

Resumo: O presente artigo trata da análise comparada dos sistemas de controle de constitucionalidade americano, brasileiro e alemão. Os parâmetros utilizados para a comparação são 1) a estrutura e a natureza do órgão responsável pela realização do controle de constitucionalidade (em única ou última instância); 2) a forma e a estrutura da decisão proferida por esse órgão; 3) dos aspectos objetivos e subjetivos da decisão de controle prolatada pelo órgão responsável pelo controle. A abordagem é eminentemente horizontal, sendo as análises históricas realizadas incidentalmente em cada um dos sistemas – nacional e estrangeiros – apenas como forma de situar a circunstância dos institutos jurídicos utilizados para a comparação.

Palavras-Chave: Controle de constitucionalidade. Precedentes. Análise comparada. Vinculação.

Abstract: This article brings forth a comparative analysis of constitutionality in American, Brazilian and German juridical systems. The parameters used for comparison are 1) the structure and nature of the organ responsible for implementing the control of constitutionality; 2) the shape and structure of the decision proffered; 3) the objective and subjective aspects of the decision handed down. The approach is essentially horizontal, with historical analysis of each systems, regarding domestic

¹ Versão revista e atualizada de parte da tese de doutorado da autora.

² Doutora em Direito Constitucional pela UFPE, Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP, graduada em Direito pela PUC-SP. Professora e Coordenadora do Curso de Direito da UFRN. Advogada

and foreign aspects, as a way of situating the circumstance of legal institutions used in the comparison.

Keywords: Constitutionality control. Precedents. Comparative analyses. Binding decision.

1 INTRODUÇÃO



Estudo de Direito Comparado, ao contrário do que muitas vezes encontramos na literatura nacional, não se limita à comparação legislativa, tampouco à sobreposição de direitos estrangeiros ou à análise da história comparada.

Como assevera Ivo Dantas (2010, p. 72-73), amparado nas precisas lições de Marc Ancel e Ana Lúcia de Lyra Tavares, é certo que a existência de direito estrangeiro vigente é condição necessária para o estudo de direito comparado, o qual tem por objetivo analisar os *sistemas jurídicos*, em toda a sua completude (assim compreendida a análise da legislação, da jurisprudência, da doutrina e da aplicação do direito), buscando semelhanças, diferenças e analisando a circulação de modelos.

Este trabalho tratará de uma análise comparada horizontal entre os sistemas americano, alemão e brasileiro, sendo as análises históricas realizadas incidentalmente em cada um dos sistemas estrangeiros apenas forma de situar a circunstância dos institutos jurídicos.

Considerando que a análise comparada demanda prévia delimitação das variáveis que serão comparadas (TAVARES, 2009, p. 100), a comparação que será realizada neste trabalho abordará: 1) a estrutura e a natureza do órgão responsável pela realização do controle de constitucionalidade (em única ou última instância); 2) a forma e a estrutura da decisão proferida por esse órgão; 3) os aspectos objetivos e subjetivos da decisão vinculante.

2 O SISTEMA AMERICANO

O sistema americano é de tradição de *common law* e segue o sistema precedentalista, havendo vinculação da própria Corte, dos juízos e Cortes inferiores ao quanto decidido pelas Cortes superiores, respeitando-se a hierarquia e a competência dos juízos e tribunais. Assim, as decisões de todos os Tribunais vinculam a si mesmos – horizontalmente – e às instâncias inferiores – verticalmente (SCHAUER, 2007).

No sistema precedentalista, o que vincula não é o dispositivo da decisão, mas sim a *ratio decidendi*, que nada mais é do que os motivos que levaram aquela decisão a ser adotada daquela maneira (motivos determinantes). Ou seja, aquelas razões que, caso não estivessem presentes, ensejariam o julgamento de maneira diversa.

O estabelecimento de um precedente, ao contrário do que pode parecer num primeiro momento, não resulta no engessamento do sistema. Existem mecanismos que têm por objetivo justamente dar maior flexibilidade aos precedentes, sem que a segurança jurídica seja veementemente abalada.

Alexy (2005, p. 265) destaca que a primeira dificuldade do uso dos precedentes é o fato de nunca haver dois casos exatamente iguais, pelo que a definição da relevância das diferenças deve ser o primeiro passo da solução do problema.

O segundo problema, considerando a existência de dois casos com circunstâncias relevantes idênticas, resulta da alteração da valoração dessas circunstâncias (ALEXY, 2005, p. 265). Essas duas situações demonstram, respectivamente, hipóteses de *distinguishing* e de *overruling*.

O *overruling*, instituído na Inglaterra por meio do *Statement* de 1966, é a permissão de uma Corte rever o seu posicionamento anterior (DUXBURY, 2008, p. 126). É cediço que toda decisão, quando proferida, é pretensamente correta. Neste

caso, a nova decisão, diferenciada do precedente idêntico, deve possuir uma carga de argumentação suficiente para se afastar o precedente (ALEXY, 2005, p. 265).

Ou seja, quando se pretende afastar um precedente, a fundamentação da decisão deve ser suficientemente forte para que sustente a não utilização da decisão anteriormente estabelecida.

Existem também as variantes *prospective overruling*³ e *anticipatory overruling*, que correspondem, respectivamente: a) a situações em que a própria Corte decide que a alteração de entendimento firmada em um determinado julgamento não será utilizada naquele próprio caso, para que a segurança jurídica seja preservada; e b) a hipóteses em que os tribunais inferiores americanos contrariam o precedente das Cortes superiores por haver fortes indícios de que aquele precedente será superado por estas⁴ (MARINONI, 2011, p. 403).

O *distinguishing*, nas palavras de Marinoni, “[...] expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar ou não” (2011, p. 327). Significa dizer que a apreciação fática,

³ Sobre a possibilidade de atribuir efeitos prospectivos às decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos Estados Unidos, que adotam a teoria da nulidade *ipso Iuri* das normas inconstitucionais, o que demandaria eficácia *ex tunc* da declaração de sua incompatibilidade com a Constituição, assim afirmou Thomas Bustamante: “O rigor da teoria da Suprema Corte sobre a nulidade *ipso iure*, necessariamente com efeitos *ex tunc*, foi, porém, gradualmente substituído por um pragmatismo que dominou o cenário no Constitucionalismo norte-americano do século XX e fundamentou, sobre o edifício do Realismo Jurídico, a tese de que o Judiciário tem amplos poderes para determinar o momento a partir do qual devem surtir efeito as decisões ad-rogatórias do *case law*” (2012, p. 416).

⁴ A este respeito, e fazendo referência à Suprema Corte americana, esclarece Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Junior (2012, p. 97) que “O desgaste do precedente pelas próprias decisões da Suprema Corte configura-se quando esta nega expressamente seus fundamentos em casos não similares, ou quando passa a realizar distinções inconsistentes, em casos similares. A tendência da Suprema Corte que permita concluir que o precedente será revogado pode ser facilmente notada nos casos em que se utilizou da técnica de sinalização (*technique of signaling*). Em outros casos, a própria Suprema Corte demonstra que está esperando um caso apropriado para revogar o precedente”.

estabelecida no adequado nível de generalidade, deve ser aferida para que seja identificada ou não a distinção entre os casos (SOUZA, 2011, p. 142). A importância desse processo de “distinção” é ressaltada por Michael Zander, no sentido de que ele pode evitar a aplicação equivocada dos precedentes (2004, p. 275).

Desta forma, estar-se-iam utilizando as duas regras gerais estabelecidas por Alexy (2005, p. 267) para o uso do precedente: “(J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo. (J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação”.

O precedente judicial, portanto, é estabelecido a partir de uma única decisão, cuja *ratio decidendi* vincula os casos posteriores que se apresentarem com a mesma circunstância fática – método indutivo. Ou seja, as razões que determinaram o julgamento num determinado sentido permitem, indutivamente, a extração de um princípio jurídico genérico, que será aplicado posteriormente aos casos similares que se apresentarem perante aquela Corte ou inferiores.

A sistemática de trabalho com o *case law* é bastante diferenciada. Toni Fine, em sua “Introdução ao sistema anglo-americano”, faz uma síntese sobre os elementos necessários para se trabalhar com o *case law* (2011, p. 70-76), identificando os aspectos importantes dos casos particulares que devem ser observados pelo leitor, ao que chamou de “anatomia de um caso”, assim:

1. informações básicas sobre o caso (principalmente a hierarquia da Corte e a data da decisão);
2. fatos materiais (os fatos considerados para a tomada de decisão no precedente permitem a analogia ou a distinção no caso atual);
3. histórico processual (qual a situação do processo quando aquela decisão foi proferida);
4. questões legais (aquelas apresentadas para a solução da

Corte – *holding*);

5. *holding* (solução dada pela Corte a uma questão jurídica); e
6. *rationale* (explicação da Corte para a *holding*).

Para que o sistema funcione de maneira adequada, o método de ensino jurídico nos Estados Unidos é bastante diferente do ensino jurídico no Brasil. A primeira diferença reside no fato de o aluno entrar para o curso de Direito somente após uma “graduação genérica” no *college*, ou seja, os alunos já chegam mais velhos para o curso. O ensino utiliza como fontes diretas os casos já julgados, de modo que o aluno aprende desde o início a trabalhar com os casos práticos (LIMA, 2001, p. 46-47).

Outra característica é que em todos os livros jurídicos americanos há um *table of cases* ou um *case index*, o que demonstra que a doutrina americana é efetivamente apoiada nos casos decididos.

Neste sentido, aponta Barbosa Moreira (2004, p. 96) que nos Estados Unidos, ao contrário do que ocorre no Brasil – em que a doutrina é levada em conta pelos Tribunais para a fundamentação de suas decisões –,

[...] a doutrina é que se deixa influenciar, quando não moldar, pelos pronunciamentos judiciais. Muitas obras doutrinárias nada mais são que tentativas de sistematizar a jurisprudência da Suprema Corte, ainda que às vezes, consoante já se registrou, ela seja criticada.

E, nesta perspectiva de respeito e contemplação pela atividade jurisdicional, é que se desenvolve o sistema de controle de constitucionalidade americano.

A organização judiciária americana é dualista, como a brasileira, em virtude da forma federal de Estado adotada pelos Estados Unidos. No âmbito federal, o sistema é formado pela Suprema Corte, por treze Tribunais Federais de Apelação⁵ e, em primeiro grau, pelas *U.S. Districts Courts* (SOUZA, 2011,

⁵ “*U.S. (Circuit) Courts of Appeal*” (SOUZA, 2011, p. 93).

p. 94).

No âmbito estadual, cada um dos cinquenta Estados possui o seu sistema próprio, sendo que todos possuem um Tribunal Supremo, responsável pela última palavra com relação à interpretação da Constituição e da legislação do Estado (SOUZA, 2011, p. 94).

2.1 A ESTRUTURA E A NATUREZA DO ÓRGÃO RESPONSÁVEL PARA A REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (EM ÚNICA OU ÚLTIMA INSTÂNCIA)

O sistema americano de controle de constitucionalidade é difuso e foi utilizado pela primeira vez no famoso caso *MarburyX Madison*, com voto do *Justice Marshall*, em 1803, em que restou estabelecida a supremacia da Constituição e a competência do Judiciário para rever os atos a ela contrários (*judicial review*).

Na linha do quanto decidido pela Corte em 1803, uma lei que contraria a Constituição é nula, e sua nulidade decorre do fato de que a Constituição é obra do povo, e a lei, dos representantes do povo; permitir que uma lei contrarie a Constituição seria o mesmo que dizer que a lei pode alterar a Constituição, o que não é possível quando se considera a superioridade da Constituição em face das leis (ALSTYNE, 1969, p. 16). E o órgão competente para declarar a nulidade desta lei é um órgão judiciário⁶.

Não obstante a aceitação do *judicial review*⁷, há um as-

⁶ Interessante destacar que essa construção foi feita por Marshall não como preliminar de mérito, mas após analisar o mérito da questão posta em juízo e concluir por assistir razão a Marbury em seu pleito de ser empossado no cargo de juiz de paz no Distrito de Columbia. Esta crítica não passou despercebida pela doutrina, como demonstra William Alstynne (1969, p.7).

⁷ Com todos os questionamentos que se faz acerca da sua legitimidade, em face da forma como são escolhidos os seus membros. Acerca das teorias modernas e das críticas a elas, ver Laurence Tribe (2000, p. 304-307).

pecto bastante curioso no sistema americano que não se repete no sistema brasileiro: por não estarem as competências da Justiça Federal descritas na Constituição, existe um certo equilíbrio institucional entre o judiciário e o legislativo, pois, ao passo que o judiciário pode realizar o controle de constitucionalidade dos atos do Congresso, é este quem define o âmbito de competência daquele (TRIBE, 2000, p. 267).

Assim, qualquer juiz ou tribunal, ao analisar um caso concreto, pode realizar a análise de compatibilidade entre a lei ou ato do Poder Público e a Constituição, o que caracteriza o sistema de controle como *difuso, subjetivo e concreto*, já que não se pode aferir em abstrato e por processo objetivo a constitucionalidade de tais atos, não sendo reservada tal competência a um único órgão.

Helmut Simon (1996, p. 829) descreve com bastante propriedade que a Suprema Corte americana controla a constitucionalidade das normas sempre de maneira incidental, em face de um conflito concreto (*judicial review*), não havendo o controle abstrato.

De todo modo, a Suprema Corte exerce papel fundamental nesse sistema de controle, pois é o último grau de jurisdição no que toca à análise de compatibilidade de leis e atos com a Constituição americana, sendo certo que suas decisões seguem o princípio do *stare decisis*, tendo, portanto, efeito vinculante e eficácia *erga omnes* a partir de então.

As decisões da Suprema Corte americana devem ser seguidas por todos os tribunais e juízos, dada a sua competência territorial nacional. Sua decisão com relação ao tema é final, podendo ser alterada somente por uma nova decisão da própria Corte, ou por emenda Constitucional (HUGES, 2011).

A previsão constitucional da Suprema Corte está disposta no art. 3º. da Constituição Americana, mas a sua competência é delimitada por lei infraconstitucional.

O título 28 do U.S. Code⁸ trata do judiciário e dos procedimentos judiciais. No §1254⁹, está prevista a competência recursal da Suprema Corte. Com relação à hipótese de incidência do *writ of certiorari*, o §1257 assim determina:

(a) *Final judgments or decrees rendered by the highest court of a State in which a decision could be had, may be reviewed by the Supreme Court by writ of certiorari where the validity of a treaty or statute of the United States is drawn in question or where the validity of a statute of any State is drawn in question on the ground of its being repugnant to the Constitution, treaties, or laws of the United States, or where any title, right, privilege, or immunity is specially set up or claimed under the Constitution or the treaties or statutes of, or any commission held or authority exercised under, the United States.*

(b) *For the purposes of this section, the term “highest court of a State” includes the District of Columbia Court of Appeals.*¹⁰

As regras da Suprema Corte regulamentam, na terceira parte, a jurisdição do *writ of certiorari*. As regras 10 a 16 tratam deste instituto. Em síntese, a regra 10 trata da discricionariedade judicial no conhecimento do *certiorari* e indica algu-

⁸ A legislação federal americana é codificada no United States Code, que conta com 51 títulos. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>>.

⁹ Cases in the courts of appeals may be reviewed by the Supreme Court by the following methods: (1) By writ of certiorari granted upon the petition of any party to any civil or criminal case, before or after rendition of judgment or decree; (2) By certification at any time by a court of appeals of any question of law in any civil or criminal case as to which instructions are desired, and upon such certification the Supreme Court may give binding instructions or require the entire record to be sent up for decision of the entire matter in controversy.

¹⁰ Tradução livre nossa: (A) As decisões finais ou decretos do mais alto tribunal de um Estado em que a decisão pode ter sido adotada podem ser revista pela Suprema Corte por *writ of certiorari*, em que a validade de um tratado ou lei dos Estados Unidos é colocada em discussão ou em que a validade de uma lei de qualquer Estado é discutida por seu fundamento ou por ser contrária à Constituição, tratados ou leis dos Estados Unidos, ou em que qualquer título, direito, privilégio ou imunidade foi especialmente criado ou alegado nos termos da Constituição ou dos tratados ou leis, ou qualquer comissão adotada ou autoridade exercida nos Estados Unidos. (B) Para os fins desta seção, o termo “o mais alto tribunal de um Estado” inclui o Distrito de Columbia - Tribunal de Apelações.

mas características consideradas pela Corte.

A regra 11 trata do *certiorari per saltum*, permitido em casos de imperativa importância pública. A regra 12 coloca o procedimento e a regra 13 dos prazos. A regra 14 destaca o conteúdo da *Petition for a Writ of Certiorari*. A regra 15 regula a resposta à *petition*.

A Suprema Corte é composta por 9 membros¹¹, o *Chief Justice* e oito *Associate Justices*, nomeados pelo Presidente da República mediante aprovação do Senado¹². O *Chief Justice* é indicado pelo Presidente dos Estados Unidos e pode ser pessoa estranha aos quadros da Corte, sendo o cargo vitalício¹³ (MOREIRA, 2004, p. 91).

2.2 A FORMA E A ESTRUTURA DA DECISÃO PROFERIDA POR ESTE ÓRGÃO

As decisões adotadas pela Suprema Corte americana são sempre tomadas pelo pleno, não havendo separação em turmas ou câmaras, como ocorre no Brasil com o Supremo Tribunal Federal, que decide questões em plenário, em primeira turma, em segunda turma ou mesmo monocraticamente, na forma do art. 557, CPC.

¹¹ O número de membros da Corte, ao contrário do Brasil, não está previsto na Constituição, podendo ser alterado por lei.

¹² Informação constante da página da Suprema Corte indica que “*The Supreme Court consists of the Chief Justice of the United States and such number of Associate Justices as may be fixed by Congress. The number of Associate Justices is currently fixed at eight (28 U. S. C. §1). Power to nominate the Justices is vested in the President of the United States, and appointments are made with the advice and consent of the Senate. Article III, §1, of the Constitution further provides that “[t]he Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour, and shall, at stated Times, receive for their Services, a Compensation, which shall not be diminished during their Continuance in Office.*” Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/about/briefoverview.aspx>>. Acesso em: 08 jul. 2013.

¹³ Ressalta Barbosa Moreira que o *Chief Justice*, salvo em caso de *impeachment*, permanece no cargo “[...] até que faleça ou se retire da Corte” (MOREIRA, 2004, 91).

O julgamento realizado pela Suprema Corte americana demanda uma prévia filtragem, realizada através do *writ of certiorari*. Instituído pelo *judiciary act* de 1891, posteriormente alterado pelas leis de 1925 e 1988 (NOBRE JR., 2010, p. 292-293), consiste em pedido preliminar à Suprema Corte, contendo um resumo da discussão, para que a Corte, exercendo juízo plenamente discricionário, possa escolher as demandas que serão efetivamente levadas a julgamento.

A decisão da Corte proferida em face da *petition for writ of certiorari* não precisa ser fundamentada e não permite recurso. A sessão que analisar a admissibilidade do reexame é secreta, permitindo-se a presença apenas dos *Justices* (MOREIRA, 2004, p. 94).

A *petition* é acolhida de acordo com a tradicional *rule of four*, segundo a qual, se quatro dos nove *Justices* votarem pela admissibilidade, o *certiorari* será deferido e a questão será analisada pela Suprema Corte. A decisão, entretanto, não revela quem votou a favor ou contra o acolhimento, e, como já destacado anteriormente, os fundamentos também não são revelados (MOREIRA, 2004, p. 94).

Trata-se, efetivamente, de um filtro para selecionar as questões que, devido à sua relevância, devem ser analisadas e decididas pela Suprema Corte¹⁴. A inexistência de tal filtro certamente resultaria em sobrecarga da Corte e ineficiência de sua judicatura. Barbosa Moreira (2004) afirma que “estima-se que, nos anos 90, ela (a Suprema Corte) não haja deferido mais que 1% do número total de *petitions*.”

O *writ of certiorari* possui muita semelhança como a preliminar de repercussão geral recentemente introduzida em

¹⁴ Reflexão interessante acerca da existência histórica do filtro faz Edilson Nobre, ao relacionar o filtro constitucional norte-americano com o capítulo 18, versículos 13-26 do livro do Êxodo do Antigo Testamento, em que, resumidamente, para aliviar o seu encargo de julgar o povo, Moisés segue o conselho de seu sogro e nomeia homens capazes para o ajudar, ficando ele apenas com o julgamento dos negócios mais graves (NOBRE, 2010, p. 292).

nosso sistema. Admitido o *certiorari*, as partes apresentam suas razões por escrito e marca-se a data para a sessão de *Oral Arguments*, com debate público da questão e possibilidade de sustentação oral pelos advogados, normalmente pelo prazo de 30 minutos (MOREIRA, 2004, p. 95). A atuação de *amicus curiae* também é permitida na Suprema Corte americana.

Após os debates, o relator elabora um projeto de acórdão e submete aos demais julgadores, levando muitas vezes a negociações para a estipulação da posição final da Corte, sem que esse processo seja acessível ao público (MOREIRA, 2004, p. 95). É permitido aos juízes dissentirem do relator tanto no resultado (dispositivo da decisão) quando na fundamentação, situações que levam, respectivamente, à *dissenting opinion* e à *concurring opinion*.

A sistemática de decisão, assim, envolve a elaboração da decisão da Corte pelo relator, além da declaração de votos dissidentes, se for o caso. A situação é de certa forma maniqueísta: ou é maioria, ou é divergente. A divergência, por sua vez, pode estar na conclusão ou nos fundamentos.

O *Chief Justice* (Presidente da Suprema Corte) possui uma função importante na condução das decisões do Tribunal, já que ele possui a prerrogativa de relatar todas as decisões em que ele esteja na maioria (DAVIS, 1999, p. 136).

Admite-se também a concessão de liminares em situações excepcionais e urgentes, as quais são ordenadas monocraticamente pelo juiz da Suprema Corte (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2010, p. 281).

Na maioria dos casos levados à Suprema Corte¹⁵, os *Justices* votam três vezes: o primeiro voto, em caráter secreto, determina se a Corte analisará o caso; em caso afirmativo, após os debates orais (*oral arguments*), nova decisão é tomada no

¹⁵ Em estudo realizado por Brenner e Spaeth (1995, p. 49), analisando as decisões da Suprema Corte entre 1946 e 1992, constatou-se que 75% dos casos levados à Suprema Corte tratam do *petition for a writ of certiorari*.

sentido de se reverter ou afirmar o quanto decidido pela Corte inferior (esse voto é conhecido como *original vote on the merits*) – esse voto é provisório e pode ser alterado a qualquer momento antes do anúncio da decisão da Corte; o terceiro voto é aquele que efetivamente determina se a decisão da Corte inferior será ou não mantida (BRENNER; SPAETH, 1995, p. 49).

Interessante aspecto da Suprema Corte americana é que um *Justice* não pode jamais ser coagido a deixar de julgar um processo, seja por suspeição ou impedimento. A decisão de não participar de um determinado julgamento pertence unicamente ao *Justice* que pretende se abster, e as razões que o levaram a agir dessa maneira não precisam ser explicitadas¹⁶ (MOREIRA, 2004, p. 92).

2.3 OS ASPECTOS OBJETIVOS, SUBJETIVOS E TEMPORAIS DA DECISÃO VINCULANTE

Os efeitos e a eficácia das decisões proferidas pela Suprema Corte no que tange ao controle de constitucionalidade são variáveis. As decisões que indeferem o *writ of certiorari*, chamadas de *denial of certiorari*, valem apenas para as partes do processo, não afetando terceiros, já que a Corte não analisou o mérito do pedido (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2010, p. 281).

De outro lado, quando a Suprema Corte efetivamente julga um caso, ou seja, quando o reexame é concedido pela aprovação da *petition*, duas situações ocorrem: com relação às partes, formar-se-á a coisa julgada; e com relação ao sistema jurídico, haverá o estabelecimento de um “precedente vinculan-

¹⁶ Segundo afirma Barbosa Moreira, em 1993 a Suprema Corte analisou situação em que o *Justice* William Rehnquist, então Presidente da Suprema Corte, recusou-se a declarar sua suspeição para julgar um caso patrocinado por banca de advogados da qual seu sobrinho fazia parte, sem que o mesmo tenha atuado no feito. A Corte publicou deliberação no sentido de que, ainda que o sobrinho houvesse atuado no caso, o *Justice* não poderia ser compelido a abster-se do julgamento (MOREIRA, 2004, p. 91).

te”, nos exatos moldes do sistema precedentalista acima destacado.

As decisões da Suprema Corte americana vinculam verticalmente todo o sistema federal. Nas palavras de Marcelo Alves de Souza, os “[...] precedentes da *U.S. Supreme Court* são obrigatórios para as *U.S. (Circuit) Courts of Appeal* e *U.S. District Courts*” (2011, p. 97).

A origem da federação americana também se reflete no fato de não se falar em precedente obrigatório da justiça federal à justiça estadual. Neste sentido, Souza, citando Sesma, afirma que a Suprema Corte é “[...] o *único tribunal federal cujos precedentes podem ser obrigatórios para Tribunais dos Estados.*” E, mesmo assim, somente quando surge um conflito entre um precedente estadual e um da Suprema Corte a respeito de uma questão federal (2011, p. 99).

Em síntese, dada a sua competência territorial nacional, as decisões da Suprema Corte vinculam todos os tribunais e juízos¹⁷. Nas palavras de Helmut Simon (BENDA et al., 1996, p. 829):

La Supreme Court, un colegio singular de nueve Magistrados, reúne en su condición de superior instancia de la jurisdicción ordinaria todas las funciones que en Alemania ejercen los Tribunales Supremos de la Federación y el Bundesverfassungsgericht. No cabe el control abstracto de normas; la Supreme Court controla incidentalmente la constitucionalidad de las leyes, incluida la observación de las competencias del órgano de que se trate, siempre en el marco de un conflicto jurídico concreto (judicial review).

O que vincula na decisão proferida pela Suprema Corte

¹⁷ “When the Supreme Court rules on a constitutional issue, that judgment is virtually final; its decisions can be altered only by the rarely used procedure of constitutional amendment or by a new ruling of the Court. However, when the Court interprets a statute, new legislative action can be taken. Chief Justice Marshall expressed the challenge which the Supreme Court faces in maintaining free government by noting: ‘We must never forget that it is a constitution we are expounding . . . intended to endure for ages to come, and consequently, to be adapted to the various crises of human affairs.’” (HUGHES, 2011).

é a *holding*, a *ratio decidendi* extraída do julgamento anterior, e não o dispositivo da decisão, nos exatos termos da doutrina precedentalista.

É importante destacar que o *stare decisis* não se confunde com *res judicata*, que no sistema americano tem basicamente o mesmo conteúdo da coisa julgada material de nosso sistema, e tampouco com o instituto do direito americano *collateral estoppel*, que se assemelha muito à coisa julgada. Mas, em vez de se relacionar ao pedido, está relacionada aos fatos alegados (MARINONI, 2011, p. 111), similar ao que ocorre quando é proposta uma cautelar incidental, que amplia os limites objetivos da coisa julgada.

Com relação à superação de seus precedentes, a Suprema Corte americana nunca entendeu pela proibição do *overruling*, entretanto até hoje toda a superação de um precedente estabelecido demanda uma especial justificativa (MARINONI, 2011, p. 114). É o ônus argumentativo referido por Alexy (2005, p. 265).

No que tange aos limites subjetivos, pode-se afirmar que a decisão da Suprema Corte vincula também o legislador ordinário.

Neste sentido, merece destaque, *in verbis*, a assertiva de Michael J. Gerhardt (2008, p. 9), assim: “A *basic principle of constitutional law, which all justices and most scholars recognize, is that the Congress may not overturn the Court’s constitutional decisions through ordinary legislation*”.

Com relação ao momento em que o precedente da suprema Corte será aplicado aos demais casos, deve-se dizer que a teoria clássica americana é a da nulidade da norma inconstitucional, de sorte que a decisão teria eficácia *ex tunc*. Entretanto, o posicionamento da Suprema Corte americana foi alterado ao longo do tempo com respeito ao que se convencionou chamar de *prospective overruling*.

Zander (2004, p. 393), baseado na clássica teoria decla-

ratória do direito, afirma que um novo precedente afeta não só o futuro, mas também o passado, pois afirma um direito que sempre existiu. Ginsburg (apud SOUZA 2012, p. 89) afirma que um novo precedente tem força retroativa, mas as decisões anteriores, baseadas no precedente anterior, não podem ser alteradas, pois foram objeto de um julgamento final. Neste sentido é a decisão do caso *United States v. Schooner Peggy* 5 US (I Cranch) 102 (1801), referida por Souza (2012, p. 89).

Sobre o *prospective overruling*, Souza (2012, p. 89) faz referência a alguns casos representativos do posicionamento da Suprema Corte americana. Cita a decisão *Durham v. United States* 214 F. 2d 862 (1954), em que a Corte, quando anunciou a nova regra, simultaneamente anunciou a partir de quando ela seria aplicada a outros casos.

Supostamente o primeiro caso em que a Suprema Corte americana claramente reconheceu a validade da aplicação prospectiva foi *Great Northern Ry v. Sunburst Oil & Refining Co.* 287 US 358 (1932). O caso mais simbólico acerca do efeito prospectivo é considerado *Mapp v. Ohio* 367 US 643 (1961). Em *Linkletter v. Walker* 381 US 618, 620 (1965).

Em síntese, pode-se afirmar que as decisões de mérito tomadas pela Suprema Corte Americana no que tange à *ratio decidendi* vinculam a todos (eficácia *erga omnes*), somente podendo ser revistas pela própria Corte em situação de *overruling*, em que a Corte poderá delimitar o alcance temporal de sua decisão, ou por Emenda Constitucional.

3 O SISTEMA ALEMÃO

O sistema alemão tem origem na tradição do *civil law* e segue o sistema legalista, não se aplicando, via de regra, a doutrina precedentalista aos tribunais e juízos singulares.

Na Alemanha, em todas as jurisdições¹⁸ de maneira ge-

¹⁸ Afora o Tribunal Constitucional, a Alemanha conta com cinco jurisdições inde-

ral, as votações dos tribunais são secretas e a eventual divergência entre os julgadores é sigilosa, exceção feita ao Tribunal Constitucional, em que a divergência pode ser publicada (ALEXY; DREIER, 1997, p. 18-19).

O modelo alemão é dedutivo e legalista, mas, ao mesmo tempo, à medida que as questões interpretativas ficam mais complexas, em especial nas Cortes superiores e no Tribunal Constitucional, torna-se mais discursivo, substantivo e argumentativo (ALEXY; DREIER, 1997, p. 21).

Os precedentes na Alemanha ocupam um lugar secundário, ou mesmo não ocupam lugar algum, quando a matéria é regulada por uma lei” (ALEXY; DREIER, 1997, p. 23); se não há nenhuma referência legal direta, há necessidade de interpretação legal, e aí os precedentes terão um papel importante (ALEXY; DREIER, 1997, p. 24). Mesmo assim, dificilmente se encontra uma decisão que não faça remissão a um caso precedente, sendo que normalmente a referência é feita sem detalhes da discussão (ALEXY; DREIER, 1997, p. 23-24).

O sistema alemão, por ser baseado na ideia de codificação, a inexistência de precedentes não é um problema, pois o juiz interpreta a lei com ou sem a ajuda dos precedentes (ALEXY; DREIER, 1997: 25)¹⁹.

Assim, excetuando-se as questões constitucionais, não há regras rígidas sobre a vinculação dos precedentes e não é uma prática comum classificar os diferentes tipos de precedentes de acordo com sua força de vinculação (ALEXY; DREIER, 1997, p. 26).

pendentes: 1) jurisdição geral (ordinária), que cuida de casos civis e criminais; 2) a jurisdição administrativa; 3) a jurisdição trabalhista; 4) a jurisdição previdenciária; e 5) a jurisdição fiscal (ALEXY; DREIER, 1997, p. 17).

¹⁹ Alexy e Dreier afirmam que no direito penal o princípio da *nulla poena sine lege* é explícito e não permite a atuação dos precedentes. O campo principal dos precedentes por ausência de lei é o direito do trabalho. A maioria das decisões contrárias à lei, entretanto, estão no campo do direito civil, inspiradas na jurisdição do Tribunal Constitucional Federal que, em princípio, autorizou o *judge-made law* que contraria a lei (ALEXY; DREIER, 1997, p. 25).

Assim, na Alemanha os precedentes não são vinculantes. Quando as decisões são publicadas, são acompanhadas de ementas, tais quais no Brasil, diferenciando-se pelo fato de a própria ementa fazer referência à possibilidade ou não de aquela decisão ser utilizada em casos futuros²⁰.

A ideia de vinculação existe, embora não se trate de regra positivada, em especial pelo fato de os juízes assumirem o ônus da argumentação quando decidem de modo diferente (LIMA, 2001, p. 28-30).

No que toca ao controle de constitucionalidade, a Alemanha adota o modelo de Corte Constitucional concentrado, não sendo permitido a nenhum juiz das instâncias ordinárias deixar de aplicar a lei a um caso concreto.

Neste sentido, coloca com precisão Leonardo Martins que “[...] o juiz do feito não poderá ignorar ou denegar aplicação à norma ainda não declarada inconstitucional por entender que uma tal norma fere a Constituição, como ainda ocorre no direito brasileiro, onde se adotou o assim denominado ‘sistema difuso’” (MARTINS, 2011, p. 1-2).

A Constituição alemã²¹ de 1949 criou o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), como órgão com competência exclusiva para interpretar a Lei Fundamental e realizar o controle de constitucionalidade, nos termos dos artigos 93 e seguintes da Constituição alemã.

A *Grundgesetz*, entretanto, não esgotou a enumeração das competências do Tribunal, permitindo que essas fossem ampliadas por lei federal (HORTA, 2010, p. 135), nos termos do seu art. 93, (3).

²⁰ “Higher courts customarily preface the decisions selected for publication with headings containing the general rules which have been developed in applying the law and which are regarded as applicable to similar cases. These headnotes play an important part in the decision’s function as a precedent. Reports in series or academic journals usually adopt the structure and content of the judgement. These include the statement of facts. Judgements of the higher courts state the procedural background of the case as well.” (ALEXY; DREIER, 1997, p. 22-23).

²¹ Em alemão: *Grundgesetz*

O sistema político é federativo, existem juízos e Cortes estaduais e federais de justiça, com a possibilidade de efetivação de controle de constitucionalidade em face das Constituições dos *Länder* (regiões autônomas, equivalentes aos Estados na estrutura federativa brasileira) perante os Tribunais Constitucionais regionais (bastante similar ao controle de constitucionalidade realizado pelos Tribunais de Justiça brasileiros em face das Constituições estaduais). “Todos os 16 *Länder* possuem seus Tribunais Constitucionais próprios.” (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2010, p. 240).

O sistema ordinário tem como órgão máximo o Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*– BGH), que pode ser comparado em termos hierárquicos com o nosso Superior Tribunal de Justiça (STJ). O BGH, salvo raras exceções, tem competência recursal²².

3.1 A ESTRUTURA E A NATUREZA DO ÓRGÃO RESPONSÁVEL PELA REALIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade alemão é concentrado, de sorte que o Tribunal Constitucional Federal é o juiz natural para julgar todo e qualquer questionamento a respeito da adequação de uma norma ou ato do Poder Público com a Constituição alemã, seja pela via incidental (por controle concreto) ou pela via direta (por controle abstrato).

O alcance das decisões do TCF é pleno, pois a declaração de inconstitucionalidade pode abranger leis, atos normativos do executivo e decisões judiciais que se mostrem inconstitucionais (MARTINS, 2005, p. 108).

O funcionamento do Tribunal Constitucional se dá nos

22

Disponível

em:

http://www.bundesgerichtshof.de/DE/BGH/AufgabeOrganisation/aufgabeOrganisation_node.html. Acesso em: 15 jul. 2013.

termos da Lei Orgânica²³, que é formado por dois Senados (*Senaten*), composto cada um por oito ministros²⁴, com mais de 40 anos, formação em Direito, não podendo pertencer aos quadros do legislativo ou executivo federal ou estadual, exceto uma cátedra jurídica (MARTINS, 2011, p. 9-10), eleitos de maneira paritária pelo Parlamento Federal (*Bundestag* – o equivalente à Câmara dos Deputados no Brasil) e pelo Conselho Federal (*Bundesrat* – equivalente ao Senado Federal brasileiro), sendo vedada a troca de ministros entre os Senados (CICCONETTI; TEIXEIRA, 2010, p. 238).

O mandato é de 12 anos, vedada a recondução, e a aposentadoria é compulsória aos sessenta e oito anos (MARTINS, 2011, p. 10). Dos oito membros de cada seção, três têm origem na magistratura federal (MARTINS, 2011, p. 10).

A decisão de um dos Senados vale como decisão do TCF (MARTINS, 2011, p. 9), sendo a divisão de competências definida por matérias: “O Primeiro Senado decide, precipuamente, sobre direitos fundamentais. O Segundo Senado, por sua vez, decide precipuamente, em matéria de organização estatal” (MARTINS, 2011, p. 9).

A competência do Tribunal Constitucional Federal é determinada pelos artigos 93 e 100 da Constituição alemã, que foi sintetizada por Leonardo Martins (2011, p. 7-8) nos seguintes termos:

- Controle Abstrato das Normas (Art. 93 I, nº 2 e 2a GG c.c. § 13, nº 6 e 6ª BVerfGG) [*abstraktes Normkontrollverfahren*]
- Controle Concreto das Normas (Art. 100 I GG c.c. § 13, nº 11 BVerfGG) [*konkretes Normkontrollverfahren*]
- Verificação Normativa (*Normverifikationsverfahren*)
- Reclamação Constitucional (Art. 93 I, nº 4a GG c.c. §

²³ *Gesetz Über das Bundesverfassungsgericht* de 12 de março de 1951 - *BVerfGG*.

²⁴ Disponível em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/judges.html>>. Acesso em 18 de junho de 2013.

- 13, nº 8a BVerfGG) [*Verfassungsbeschwerde*]
- Lides entre Órgãos Estatais (*Organstreitverfahren*)
 - Litígio entre a União e os Estados-membros (*Bund-Länderstreitverfahren*)
 - Proibição de Partido Político (*Parteiverbotsverfahren*)

Assim, percebe-se que o Tribunal Constitucional possui, na Alemanha, competência exclusiva para analisar a constitucionalidade das normas e atos jurídicos, seja em sede de controle abstrato ou concreto, o que se dá por meio de processo objetivo em ambos os casos.

Em todos os casos em que atua no controle de constitucionalidade (as três primeiras hipóteses acima destacadas), o Tribunal o faz por meio de processo objetivo, sem que haja partes envolvidas em uma lide contraditória (MARTINS, 2011, p. 8).

Já a Reclamação no processo constitucional alemão possui, nas palavras de Leonardo Martins (2011, p. 8), “caráter *sui generis*”, pois pode ser utilizada de duas formas distintas: diretamente contra ato normativo ou contra decisão judicial.

A Reclamação, afirma Martins (2011, p. 8), é considerada por boa parte da doutrina como instrumento a ser utilizado exclusivamente para a defesa de direitos fundamentais do indivíduo, de maneira que o controle normativo seria “[...] só mais uma consequência [sic] do exame da constitucionalidade do ato do Poder Público em face de um direito fundamental, cuja violação seu titular afirma pela Reclamação Constitucional”.

O autor coloca, entretanto, que o Tribunal Constitucional tem interpretado o dispositivo constitucional “[...] no sentido de aproveitar o ensejo oferecido por uma Reclamação Constitucional para realizar um controle objetivo da constitucionalidade das normas” (MARTINS, 2011, p. 8).

O controle de constitucionalidade alemão, portanto, é realizado exclusivamente pelo Tribunal Constitucional Federal e pode ser concreto ou abstrato. Normalmente o controle é rea-

lizado por processo objetivo, mesmo quando decorrer de um caso concreto, pois neste se instaura o incidente de inconstitucionalidade que é remetido à Corte para julgamento exclusivo da questão constitucional, remanescendo a resolução da controvérsia sob responsabilidade do juízo inferior.

3.2. A FORMA E A ESTRUTURA DA DECISÃO PROFERIDA POR ESTE ÓRGÃO

A decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão é colegiada, e a sua estrutura, decisória. Conforme destaca Martins (2005, p. 97²⁵), consiste em elementos acessórios a decisão propriamente dita e os votos dissidentes eventualmente existentes, assim:

1) *acessórios*, que são desnecessários e não pertencem à decisão propriamente dita:

a) uma ou várias ementas, que não possuem natureza de “súmula”, tampouco vinculam – elas “[...] servem tão somente à introdução do público ao conteúdo da decisão” (MARTINS, 2005, p. 97); e b) votos dissidentes, introduzidos na reforma do BVerfGG de 21 de dezembro de 1970 – independentemente de se constituir em conclusão divergente (*dissenting opinion*) ou fundamentação divergente (*concurring opinion*), não pertencem à decisão propriamente dita²⁶.

2) *decisão propriamente dita*, composta pelos seguintes elementos: a) caracterizações formais (expressão *Bundesverfassungsgericht*, número dos autos, a águia – símbolo da República Federal da Alemanha –, a expressão “*Im namen des volkes*”, já que as decisões são tomadas “em nome do povo”, nos termos

²⁵ Todos os elementos foram colhidos de MARTINS, 2005, p. 97-102.

²⁶ Leonardo Martins afirma que há críticos e defensores do voto divergente. Os críticos apontam para um possível enfraquecimento da autoridade das decisões do Tribunal com o voto divergente; os defensores, acreditam que é uma evolução positiva do Tribunal, que permitem apontar para uma outra direção o seu posicionamento (2005, p. 98).

do §25 IV *BVerGG*, o nome das partes e seus representantes);b) uma breve introdução sobre o assunto, fechando-se o cabeçalho e identificando o órgão do TCF (Primeiro Senado, Segundo Senado, Câmara de Senado ou Pleno) e os juízes que participaram do julgamento;c) data da decisão e da audiência;d) dispositivo (ou fórmula) da decisão (*Entscheidungsformel*), “[...] que fixa os limites da coisa julgada, incluindo as modalidades e seus respectivos efeitos” (MARTINS, 2005, p. 99);e) razões ou motivos (*Gründe*), em que é explicitada “[...] a fundamentação da decisão, a qual tem uma estrutura própria, que poderá ser bem complexa, dependendo da matéria decidida” (MARTINS, 2005, p. 99);f) após as razões, o TCF pode anunciar a votação da decisão (se unânime, por maioria de 7:1, 6:4). “O TCF faz uso frequente desta faculdade, publicando, inclusive, quando houve dissenso relativo a partes específicas da fundamentação.” (MARTINS, 2005, p. 101). No caso de empate, entretanto, em que a violação à *Grundgesetz* não se verifica (§ 15 III 3 *BverfGG*), esta publicação das razões fundamentais (*tragende Gründe*) de ambas as posições é obrigatória (MARTINS, 2005, p. 101);g) Assinatura de todos os juízes que participaram do julgamento, incluindo-se os que eventualmente divergiram do julgamento.

3) *Votos discordantes* eventualmente existentes, que podem ser divididos em capítulos ou seções, dependendo da complexidade (MARTINS, 2005, p. 101).

Excetuando-se as decisões liminares, todas as decisões do Tribunal Constitucional são irrecorríveis (MARTINS, 2011, p. 102).

Interessante destacar que o Tribunal pode prolatar suas decisões de duas maneiras distintas: por *Urteil* – quando o Tribunal decide após ouvir as partes em sustentações orais, ou audiências públicas, ou órgãos estatais ou entidades da sociedade civil (similar ao *amicus curiae* americano); ou por *Beschluss* – quando o Tribunal decide sem a oitiva destes sujeitos

(MARTINS, 2005, p. 102).

Há críticas doutrinárias sobre a forma de decisão do Tribunal Constitucional, que mantém secreta a sua deliberação. Kurt H. Nadelmann (1959, p. 415) já questionava sobre a legitimidade da votação secreta realizada no Tribunal Constitucional Federal alemão.

Nos anos 1970 a imprensa passou a criticar o Tribunal, apontando um risco duplo: o Tribunal tende a transgredir seus limites em relação a outros órgãos e se inibe justamente onde assume o papel de defensor da *res publica*. As críticas, entretanto, não prejudicaram a aceitação do Tribunal, que após a reunificação alemã foi reconhecido como agente integrador (BENDA et al., 1996, p. 824).

Quanto ao dispositivo da decisão, Leonardo Martins²⁷ (2005, p. 107-113) aponta quatro variantes possíveis, assim: a) *Declaração de nulidade*, em que o TCF declara a nulidade da lei violadora da Constituição, com eficácia *ex tunc*²⁸. Há também a declaração de nulidade parcial quantitativa, em que apenas partes do texto são “riscadas”²⁹ e a nulidade parcial qualitativa, que restringe as possibilidades de aplicação da norma (nulidade parcial qualitativa sem redução de texto); b) *Declaração de (mera) incompatibilidade*, em que o TCF declara a inconstitucionalidade sem, entretanto, declarar a nulidade da norma, aguardando a acomodação da situação para fins de conformação constitucional, a ser objeto de atuação da função legislativa; c) *Declaração de norma “ainda” constitucional (noch verfassungsmäßig)*, em que se constata a ausência de compatibilidade da lei com a Constituição em razão das alterações econômicas e sociais, criando uma obrigação de aperfeiçoamento ao legislador (“decisão de apelo” ao legislador); e d)

²⁷ Todas as informações sobre as variantes dos dispositivos das decisões, salvo expressa ressalva, foram extraídas de MARTINS, 2005: 107-113.

²⁸ O que foi reconhecido pelo Tribunal – *BVerfGE* 61, 149 (151) – referenciado por MARTINS, 2005, p. 108 e permanece como entendimento dominante

²⁹ Termo utilizado por MARTINS, 2005, p. 109.

Interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), quando a decisão “salva”³⁰ a lei ao verificar que uma das interpretações possíveis está em consonância com a Constituição. Há quem veja na interpretação conforme uma forma dissimulada de “legislação judicial”, já que a interpretação dada pelo TCF integra o dispositivo da decisão, possuindo, assim, força de lei (BENDA; KLEIN, apud MARTINS, 2005, p. 113).

As “decisões de aviso e anúncio” para Benda e Klein (apud MARTINS, 2005, p. 112, nota 185) são a quinta variante, que sinalizam a mudança a ser efetivada na jurisprudência da Corte e que não ocorre de forma abrupta para que o princípio da confiança não seja quebrado.

A “força de lei” das decisões de inconstitucionalidade do TCF (§ 31 II *BVerfGG*) tem como consectária a suspensão do ato normativo declarado inconstitucional (MARTINS, 2005, p. 108). As decisões dos dois Senados do Tribunal Constitucional são publicadas num repositório oficial, autorizado pela própria Corte, nos termos do regimento interno da Corte (ALEXY; DREIER, 1997, p. 22).

3.3 OS ASPECTOS OBJETIVOS, SUBJETIVOS E TEMPORAIS DA DECISÃO VINCULANTE

Muito embora a regra na Europa continental seja a de precedentes persuasivos, é certo que há exceções, em que os precedentes possuem força vinculante, como o caso dos precedentes estabelecidos pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (PECZENIK, 1997, p. 461)

A questão dos limites objetivos das decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão está regulada pelo §31.1 da Lei Orgânica do TCF³¹, de sorte que, quando se tratar de con-

³⁰ Termo utilizado por MARTINS, 2005, p. 113.

³¹ “According to s.31 (1) *BVerfGG*, all decisions of the Federal Constitutional Court

trole de constitucionalidade, os precedentes da Corte Constitucional serão sempre vinculantes.

A natureza, o escopo e o objeto da vinculação estrita é alvo de discussão na doutrina (ALEXY; DREIER, 1997, p. 26). A maior discussão gira em torno da vinculação do legislador aos precedentes do TCF.

Neste sentido, afirma Del Claro (2010, p. 177) que

[...] os precedentes do BVerfG são decisões tecnicamente complexas e expressam três tipos principais de vinculação: coisa julgada, força de lei e efeito vinculante. Esses tipos de vinculação são fenômenos distintos e é ‘obrigatória’ a sua distinção. Entretanto, até hoje existe uma discussão séria acerca da real fronteira existente entre eles.

Quanto aos limites objetivos da coisa julgada, esclarece Wolfgang Lüke que “Na visão majoritária a vinculação está contida no dispositivo e nos motivos determinantes da decisão. Desse modo, ela abrange também as concepções jurídicas que se colocam como fundamento da decisão”.³²

A questão, entretanto, não se mostra pacificada. Conforme esclarece Leonardo Martins, com relação às decisões que tratam de “[...] mera incompatibilidade com a Grundgesetz, da decisão de compatibilidade precária (ainda compatível) e, principalmente, com a interpretação conforme a Constituição”, será determinante o objeto que for “[...] explicitamente denominado no dispositivo da decisão”, o qual pode ser restringido pela conjunção *soweit*, traduzida pelo autor como “na extensão em que, na medida em que, conquanto que” (2011, p. 103).

A questão se torna mais complexa quando se volta para

are binding for all constitutional organs of the Federation and the states as well as for all courts and authorities. Furthermore, s.31 (2) BVerfGG provides that, in several cases and specially where the court invalidates legal norms, these decisions have the force of statutes (‘Gesetzeskraft’). They are published in the Federal Register of Statutes. This extends the bindingness to all citizens. It becomes a bindingness inter omnes.” (ALEXY; DREIER, 1997, p. 26).

³²*Die Bedeutung Von Präjudizien im deutschen Zivilprozeß*, apud DEL CLARO, 2010, p. 179.

a delimitação da extensão dos efeitos da coisa julgada material quando o dispositivo faz menção a elas de maneira expressa por meio de locuções como “segundo a medida dos critérios denominados nas razões” (MARTINS, 2011, p. 103)

Após relacionar o posicionamento doutrinário de Klaus Vogel, favorável à vinculação da “norma decisória concreta”, que abarcaria também as teses jurídicas estabelecidas no caso, Martins (2011, p. 103) finaliza o assunto afirmando que

Não obstante, tanto a jurisprudência do TCF, quanto a opinião dominante na literatura especializada, admitem a participação, na coisa julgada, de elementos constantes nas razões somente quando estes forem necessários para o esclarecimento do sentido do dispositivo, sobretudo quando neste constar apenas que o pedido foi indeferido de plano ou não (“... *wird verworfen*” ou “... *wird zurückgewiesen*”).

O vínculo às decisões do TCF evoluiu para abranger as razões fundamentais das decisões, de maneira que não se limitam apenas ao dispositivo das decisões, segundo o próprio entendimento do TCF (MARTINS, 2005, p. 118).

Pode-se concluir, portanto, que a regra geral é de vinculação somente do dispositivo da decisão, incluindo-se no aspecto objetivo da coisa julgada as razões de decidir quando estas forem necessárias à correta compreensão do *decisum*.

Quanto ao aspecto subjetivo, a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal, em seu § 31³³, destaca que, além do Poder Judiciário, o Poder Executivo também se encontra vinculado às decisões do Tribunal Constitucional Federal³⁴.

³³ No caso das normas infraconstitucionais, ao invés dos artigos são utilizados parágrafos.

³⁴ “Nesse sentido, vale registrar expressa decisão (*parte dispositiva*) do *Bundesverfassungsgericht* numa controvérsia entre a União e o Estado de Hessen: “O Estado de Hessen contrariou o princípio de cordial conduta federativa, na medida em que o seu Governo, mediante omissão do Ministério do Interior, deixou de empreender as medidas necessárias para suspender a resolução dos Municípios sobre a realização de plebiscito relativo ao assentamento de armas atômicas”. Nos fundamentos da decisão, esclarecia-se, ainda, que “não apenas o Governo de Hessen, mas qualquer outro Governo estadual” estava “obrigado a suspender, também no futuro, as resolu-

Denota-se que a vinculação prevista na regra do § 31 I é reforçada pela “força de lei” tratada no § 31 II, o que representaria, em última análise, a eficácia *erga omnes* do quanto decidido pelo Tribunal.

A doutrina do *stare decisis* é adotada pelo Tribunal Federal Constitucional alemão, que adere quase que estritamente às decisões anteriores, sendo certo que as suas decisões, por expressa previsão legal do seu regimento interno (*Bundesverfassungsgerichtgesetz* §31 (1)), vinculam todas as Cortes inferiores, tanto federais quanto estaduais, bem como os órgãos e agências da administração pública (LUNDMARK, 2003, p. 580).

Muito embora não haja previsão expressa no sentido de que as decisões proferidas vinculem o próprio Tribunal e conquanto o próprio BVG tenha decidido, em 1954, que as decisões não são vinculantes ao próprio tribunal (LUNDMARK, 2003, p. 580, nota de rodapé n. 13), o *Bundesverfassungsgericht* tende a manter o posicionamento firmado em decisões anteriores, o que fortalece o sistema de respeito aos seus precedentes³⁵.

Lundmark (2003, p. 581) relata que, em pesquisa que realizou num período de 46 anos em que o Tribunal Federal Constitucional publicou aproximadamente 3.500 decisões,

ções de municípios, que versassem sobre plebiscito tendente a discutir o uso de armamento nuclear pelas Forças Armadas, sua localização (...); (3) Portanto, se a parte dispositiva contiver expressa censura a uma ação legislativa ou administrativa dos órgãos constitucionais, ficam eles obrigados não só a afastar a lesão, como também a evitar que ela se repita. Identifica-se aqui, dentre outros, um dever de abstenção (*Unterlassungspflicht*). Ao contrário, se a decisão exigir uma conduta ativa – v.g. se a parte dispositiva contiver uma censura a uma omissão legislativa –, então deve o órgão estatal atuar com vistas a sanear a situação ilegítima.” (MENDES, 1999)

³⁵ “Accordingly, the Federal Constitutional Court has a responsibility to articulate the legal principles girding its decisions so that these may be followed by subordinate courts and others. Independent of this statute, previous pronouncements have a profound effect on later decisions of the Federal Constitutional Court itself.” (LUNDMARK, 2003, p. 581).

houve discordância dos princípios anunciados em decisões anteriores somente 14 vezes. Comparando com um período de 47 anos em que a Suprema Corte americana publicou aproximadamente 6.500 decisões, os juízes americanos divergiram de 154 precedentes.

O autor conclui que a consistência das decisões alemãs não surpreende, já que o próprio BVG demonstra grande respeito tanto pela previsibilidade quanto pela equidade, que são o coração do *stare decisis* (LUNDMARK, 2003, p. 581).

Interessante que a manutenção da consistência das decisões também está relacionada com um costume das Cortes continentais, em que os novos juízes recrutados ficam com sua evolução na carreira condicionada à aprovação dos mais antigos, o que Lundmark chama de “institucional *stare decisis*”, quase invisível a pessoas externas, mas que promove não somente a equidade e previsibilidade na aplicação do direito, mas se mostra um instrumento muito eficiente de manutenção da consistência do Tribunal (LUNDMARK, 2003, p. 581).

Questão polêmica, entretanto, é a que atine sobre a vinculação ou não do legislador quanto ao conteúdo da decisão. Em outras palavras, a divergência se situa na possibilidade de o legislador produzir novamente (repetição) norma com conteúdo idêntico ao declarado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

Em decisão datada de 23 de outubro de 1951, assim decidiu o TCF:

5. Uma decisão que declara uma lei nula não tem apenas força de lei (§ 31 II BVerGG), como também vincula, nos termos do § 31 I BVerfGG, conjuntamente com os fundamentos da decisão, todos os órgãos constitucionais da União, de tal sorte que uma lei federal de mesmo teor não possa ser promulgada novamente. (MARTINS, 2005, p. 152).

A questão do vínculo dos demais órgãos estatais às decisões do TCF é tão polêmica que dividiu até mesmo os membros do próprio TCF, o que raramente ocorreu nos mais de cin-

quenta anos de funcionamento do órgão (MARTINS, 2005, p. 117).

A divergência entre os dois Senados que compõem o Tribunal Constitucional Federal surgiu em 1987, quando o Primeiro Senado manifestou entendimento no sentido de que o legislador estaria vinculado somente às disposições constitucionais (MARTINS, 2011, p. 113), e não às decisões do TCF.

A respeito do assunto, Alexy e Dreier citam a mudança de posição efetivada pelo Primeiro Senado em 1987, destacando um trecho da decisão em que resta afirmado que o Tribunal Constitucional deve harmonizar os atos legislativos à Constituição, e não aos precedentes (ALEXY; DREIER, 1997, p. 27).

No que tange à possibilidade de revisão do posicionamento pelo próprio Tribunal, é certo que a decisão do Tribunal Constitucional faz coisa julgada material e possui eficácia vinculante, o que impede que a matéria seja objeto de nova controvérsia a ser solucionada de maneira diversa por qualquer órgão do Poder Judiciário. Entretanto, como o próprio TCF não está vinculado aos seus precedentes, poderá rever seu posicionamento.

Assim, somente o próprio órgão constitucional tem o poder de rever suas decisões (*overruling*), o que, entretanto, não impede que o legislador atue positivamente em sentido contrário, promovendo a reedição de lei declarada inconstitucional, situação esta que, embora seja viável, nos termos do posicionamento manifestado pelo Primeiro Senado, padece de coerência lógica (MARTINS, 2005, p. 122).

Gilmar Mendes (1999) corrobora esse posicionamento afirmando que

O efeito vinculante atinge não só as partes do processo, mas também os demais órgãos constitucionais federais e estaduais (Presidente da República, Governo Federal, Parlamento Federal, Conselho Federal, no plano federal), os Tribunais e as autoridades administrativas federais e estaduais. Inexiste, toda-

via, efeito vinculante para o próprio Bundesverfassungsgericht, que não está obrigado a manter posição jurídica sustentada em uma decisão posterior.

No que toca aos aspectos temporais, o Tribunal alemão adota a teoria da nulidade, não obstante seguir o modelo austríaco de Tribunal Constitucional. Assim, as normas declaradas inconstitucionais pelo TCF possuem, em regra, eficácia *ex tunc*.

Assim decidiu o Tribunal Constitucional alemão em 23 de outubro de 1951 sobre a eficácia temporal das decisões:

6. Se o Tribunal Constitucional Federal constatar que uma lei promulgada após a entrada em vigor da *Grundgesetz* é nula por causa de sua incompatibilidade com a *Grundgesetz*, tal lei não tem, desde o início (*ex tunc*), eficácia jurídica. (MARTINS, 2005, p. 152).

Posteriormente, em 20 de dezembro de 1966, no julgamento da Reclamação BvR 320/57, 70/63 (MARTINS, 2005, p. 154), o Tribunal entendeu que há situações em que a declaração de nulidade causa mais dano ao interesse público do que a manutenção da norma “injusta”³⁶ por um certo período de tempo. Neste julgado, o Tribunal entendeu que o legislador deveria sanar o vício de modo a evitar a violação a direitos fundamentais.

Desde então, a declaração de inconstitucionalidade do conteúdo não demanda a declaração de nulidade da norma, pois ela continuará válida e surtindo efeitos até que uma nova lei, desta vez compatível com o texto constitucional, seja elaborada.

Em poucas palavras, o efeito vinculante das decisões do Tribunal Constitucional alemão se opera à medida que as Cortes inferiores são obrigadas a seguir os julgamentos do TCF, sob pena de serem consideradas suas decisões contrárias ao direito e revertidas em apelação. O legislador está excetuado

³⁶ Termo utilizado entre aspas no texto original.

dessa vinculação³⁷ (ALEXY; DREIER, 1997, p. 27).

De outro lado, o posicionamento da Corte pode ser superado por uma nova decisão da própria Corte, configurando o *overruling* do sistema precedentalista.³⁸ Neste ponto é necessário esclarecer que o *prospective overruling* não é muito comum na Alemanha. Perfazendo a mudança de posicionamento somente para casos futuros sem efeitos no caso que está sendo julgado, é exceção praticada em pouquíssimos casos (ALEXY; DREIER, 1997, p. 57-58).

O *anticipatory overruling* em matérias ordinárias, por sua vez, como mecanismo que permite às Cortes inferiores alterar o entendimento das Cortes superiores antes do casos chegarem à instância superior é usual na Alemanha, de forma que muitos afirmam que não há o sistema de precedentes vinculantes na Alemanha (ALEXY; DREIER, 1997, p. 58). Neste caso, entretanto, as Cortes inferiores deverão demonstrar criticamente as suas razões³⁹.

4 A ANÁLISE DO SISTEMA BRASILEIRO EM COTEJO COM O AMERICANO E O ALEMÃO

Após analisar o funcionamento dos sistemas americano e alemão, é possível fazer um cotejo entre o nosso sistema atual

³⁷ No original: “[...] *the decisions of the Federal Constitutional Court in Germany are formally binding in the sense that, if lower courts do not follow them, their decisions will be unlawful and reversed on appeal (Appendix, question II.1). The legislature and the court itself being exempted from this bindingness forms no exception in the sense of the question, but only a limitation of those to which bindingness applies*”.

³⁸ Neste sentido afirmam Alexy e Dreier: “*Due to the relation between the Federal Constitutional Court and its own precedents there is only a overruling in a broader sense, for its own precedents only have force but are not binding upon itself strictly or formally. It still seems to be adequate to classify this case as a special variant of overruling in the strict sense*” (1997, p. 56).

³⁹ No original: “*The lower courts are not supposed to follow the higher courts mechanically but are expected also to take a critical line where reason exists*”. (ALEXY; DREIER, 1997, p. 58)

e esses outros dois sistemas, em especial no que toca à vinculatividade das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é bastante interessante, pois resulta de uma mistura de influências externas, muitas vezes antagônicas. Foi a Constituição de 1891⁴⁰ - a primeira após a proclamação da República - que previu a possibilidade de controle de constitucionalidade, com clara inspiração no modelo americano.

Por outro lado, deixamos de “importar” do modelo americano a sistemática dos precedentes judiciais, a qual, consoante será explanado no capítulo IV, prevê a necessidade de respeito às decisões adotadas anteriormente sobre o tema. O sistema precedentalista torna lógico o controle difuso de constitucionalidade, haja vista a possibilidade de uniformização da interpretação da Constituição, não obstante a competência atribuída a diversos órgãos para realizar o controle de constitucionalidade.

O *judicial review* espelhado no modelo americano normalmente é realizado de maneira difusa, gerando sérios problemas quando o sistema que o importou não segue a doutrina do *stare decisis*, como relata Cappelletti, citando como exemplo desta problemática o modelo japonês (1984, p. 78).

Mais recentemente⁴¹, fomos – e ainda somos - fortemente influenciados pela sistemática alemã de controle concentrado de constitucionalidade.

Nesta perspectiva de sincretismo, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi o órgão destacado pela Constituição Federal de 1988 para ser o “guardião da Constituição”, decidindo ori-

⁴⁰ É de se notar, entretanto, que a chamada *Constituição Provisória* de 1890 – que previa a Justiça Federal - e o posterior Decreto 848/90 - que organizou a Justiça Federal - já asseguravam a possibilidade do *judicial control*.

⁴¹ A Constituição de 1946 foi alterada pela Emenda Constitucional n. 16 que previu, pela primeira vez, a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade, através de ação direta, com legitimidade ativa restrita ao Procurador Geral da República.

ginariamente as Ações Diretas de Inconstitucionalidade, as Declaratórias de Constitucionalidade e as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, além de decidir, em sede de recurso extraordinário, qualquer inconstitucionalidade apurada em casos concretos, competindo-lhe, ainda, analisar Reclamação para assegurar a efetividade de suas decisões e elaborar súmulas vinculantes.

Como estrutura de Corte e sistema de nomeação de ministros⁴², seguimos o modelo americano, com o STF figurando no topo do poder judiciário brasileiro e os ministros sendo nomeados pelo Presidente da República mediante aprovação do Senado Federal.

Entretanto, o modelo de organização interna e de competência para controle de constitucionalidade concentrado se assemelha ao modelo alemão, com a divisão da Corte em duas turmas de julgamento (o Tribunal Constitucional Federal alemão é dividido em dois Senados).

Edilson Nobre Jr. (2010, p. 290, nota de rodapé 7) esclarece que o STF, mesmo não se enquadrando no modelo europeu de “Corte constitucional” – já que seus membros não possuem prazo para o exercício de suas atribuições, inexistente de monopólio para as atribuições de controle de constitucionalidade e, pela extensão de sua competência, pode ser considerado como Corte ou Tribunal Constitucional em face de sua competência de intérprete-mor da Constituição (art. 102, *caput*, CF).

Com relação ao aspecto objetivo das decisões e à doutrina tradicional dos precedentes judiciais, podemos concluir que estamos alguns séculos atrasados no desenvolvimento da doutrina dos precedentes. Não desenvolvemos tradição ou respeito pelas decisões do STF, tendo adotadas soluções artificiais para alcançar os resultados de segurança e previsibilidade obti-

⁴²Proposta de Emenda à Constituição 96-A/1992 do Senador Hélio Bicudo propunha mandato de 9 anos aos ministros e a alternância de 1/3.

dos nos países que se utilizam de tal doutrina.

Criticando a vinculação no sistema brasileiro, Fabio Konder Comparato (1996) afirma que no sistema de *common law* há dois tipos de decisões judiciais capazes de influenciar casos futuros: as de efeito meramente persuasivo, e as de efeito vinculante. Destaca ainda que o efeito vinculante não suprime o julgamento em primeira instância e pode ser desconsiderado no julgamento do caso concreto (seja por se tratar de situação fática diversa – *distinguishing* – ou por ser considerado desarrazoado e inconveniente – *unreasonable and inconvenient*), o que o torna bastante diverso da “vinculação absoluta” do caso brasileiro (COMPARATO, 1996).

Afirma ainda que os juízes não têm legitimidade democrática para criar o direito, pois este poder não lhes foi delegado pelo povo, pois fere a independência recíproca dos poderes (COMPARATO, 1996). E deve-se acrescentar que o princípio da conformação funcional impede que seja dada à Constituição qualquer interpretação nesse sentido, inclusive para fins de emenda, haja vista o art. 2º., CF ser cláusula pétrea.

A nossa forma de utilizar os precedentes é bem parecida com a maneira com que os juízes e advogados do período medieval utilizavam os precedentes. Não temos o desenvolvimento natural do sistema, com as correções necessárias efetivadas pelo tempo e pela tradição, tampouco nos pautamos pela racionalidade e objetividade alemãs, que tratam o sistema jurídico com a coerência que ele demanda.

Aparentemente, queremos os benefícios da doutrina precedentalista e a certeza e a previsibilidade de um sistema racional por meio de um passe de mágica: a súmula vinculante, que nada mais é do que uma forma judicial de estabelecer enunciado geral e abstrato.

Uma das grandes críticas à teoria constitutiva do direito, na época em que estava em estágio final de desenvolvimento a doutrina do *stare decisis*, era justamente o fato de ser a última

instância judicial um órgão falível, tornando patente a preocupação com a competência para rever suas decisões.

Walker Marshal, citado por Neil Duxbury (2008, p. 40), escreveu um artigo para a Juridical Society em 1860 intitulado “*Is a Judicial Tribunal, either of the Last Resort or Otherwise, Bound by the Principles Laid Down by Itself on Previous Occasions?*”, em que afirmava que os precedents da House of Lords tornar-se-iam inalteráveis, o que conferiria a eles um status jurídico bastante semelhante ao da conferido aos estatutos. (DUXBURY, 2008, p. 40).

Marshall afirmava que a liberdade de decidir de maneira contrária ao quanto decidido anteriormente pela própria Corte, ainda que de última instância, era uma liberdade da Corte e que denegar esta liberdade seria incidir na falácia de que, ao decidir o caso pretérito, a Corte estabeleceu a lei⁴³ (DUXBURY, 2008, p. 41).

Os requisitos da súmula vinculante (“reiteradas decisões”) lembram as lições de Austin sobre a atividade judicial e a vinculação das decisões proferidas pelas Cortes, assim descritas na metade do século XIX:

“Is it the *number* of decisions in which a rule has been followed, that makes it law binding on future judges? Or is it the *elegantia* of the rule... or its consistency and harmony with the bulk of the legal system? Or is it the *reputation* of the judge or judges by whom the case or cases introducing the rule were decided?” (apud DUXBURY, 2008, p. 46).

Para Duxbury, a principal pergunta deixou de ser feita: Qual o nível da Corte que pronunciou o precedente? E essa pergunta, para o caso da jurisdição constitucional, faz toda a diferença.

A última ou única instância decide, e essa decisão deve vincular as decisões das Cortes inferiores e as proferidas pela própria Corte, como forma de conferir ao sistema os benefícios que o sistema precedentalista oferece: segurança, previsibilidade

⁴³ No original: “*laid down the law*”.

de e isonomia.

Mas isso não impede, tal qual sucede com o sistema precedentalista, que um determinado posicionamento seja posteriormente superado. Entretanto, essa superação somente pode ocorrer quando se constatar que o posicionamento anterior foi equivocado, e então o “ônus argumentativo” recai sobre a própria Corte, que deve demonstrar de maneira detalhada a razão da reforma de seu posicionamento, ou então quando as circunstâncias (sociais ou legais) tiverem sido alteradas.

Colocando esses pontos na comparação que fizemos anteriormente, seria como perceber que o projeto elaborado para o ambiente estava equivocado, pois um determinado módulo foi calculado erroneamente, por exemplo, ou então perceber que foi desenvolvido um novo material que permite uma melhor acomodação dos módulos naquele ambiente. É o chamado *overruling* do sistema precedentalista.

As variantes do *overruling* (*prospective* e *anticipatory*) são situações em que se prevê que o ambiente da decisão está mudando (ou já mudou), e que a decisão precisa ser adequada ao novo ambiente (legal ou social), mas que essa adequação deve ser postergada no tempo, em nome da segurança jurídica.

Trata-se de instituto muitíssimo similar com a modulação de efeitos (efeitos prospectivos, ou declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade) da declaração de inconstitucionalidade do sistema alemão.

A doutrina dos precedentes deve permitir que uma Corte, da mesma forma que deva seguir seus precedentes, supere-os quando necessário, ou seja, quando o precedente for reconhecidamente errado, deverá sofrer *overruling*. A doutrina do precedente no *common law* não assegura apenas que as decisões anteriores serão seguidas, mas também garante que as decisões ruins não tenham que ser repetidas (DUXBURY, 2008, p.X).

Assim, podemos afirmar que a previsão normativa de

OBRIGATORIEDADE de vinculação a um enunciado normativo (como previsto no art. 103-A, CF) em nada se relaciona com a doutrina do precedente, seja porque não valoriza as “razões de decidir”, ou seja, a *ratio decidendi* ou *holding*, e também porque não permite que o próprio sistema reavalie a pertinência e correção do enunciado, preocupação lançada já por Victor Nunes Leal quando da elaboração da proposta da criação das Súmulas no STF.

Lieber afirma que os precedentes devem ser considerados com todas as suas circunstâncias, sob pena de serem completamente mal compreendidos⁴⁴ (1880, p. 207), e a súmula vinculante, ao desconectar o enunciado do contexto em que foi elaborado, proporciona o ambiente ideal para a aplicação equivocada do mesmo.

Assim, entendemos que no Brasil não se faz uso dos precedentes judiciais, assim considerados os precedentes do sistema precedentalista. Isso porque a cultura nacional de referenciabilidade a decisões anteriores limita-se a fazer uso das súmulas e das ementas das decisões colegiadas, certamente pela facilidade gerada na utilização desses instrumentos sem considerar as razões determinantes do julgamento (*ratio decidendi*, *rule of law*, *holding* ou *tragende Gründe*).

Nessa perspectiva, resta patente o desinteresse pelo conteúdo dos acórdãos, pelas teses ali discutidas e pelas circunstâncias em que o julgamento foi realizado e a decisão proferida.

Sabe-se que as ementas são manipuláveis, a critério do relator do processo, de modo que nem sempre todos os aspectos relevantes do julgado ou todos os princípios extraíveis daquele determinado julgado constam das ementas. As súmulas e enunciados são a institucionalização do direito simplificado.

Quanto ao sistema de votação, observação interessante

⁴⁴ No original: “*Precedents must be taken with all their adjuncts, or they will be totally misunderstood*”.

foi feita por Dimoulis e Lunardi, no sentido de que “[...] ao contrário do STF, onde cada Ministro vota individualmente e apresenta seu posicionamento em sessão pública (muitas vezes transmitida ao vivo no canal “TV Justiça”), a regra dos Tribunais Constitucionais de diversos países é a deliberação secreta, sendo que a maioria redige um *voto conjunto*. Quem diverge elabora uma declaração ou voto em separado” (2011, p. 108).

Ademais, a possibilidade de julgamento monocrático com cognição exauriente por membro do STF o diferencia substancialmente das Cortes americana e alemã, que somente possuem julgamentos colegiados.

De outro lado, ao contrário do TCF, as decisões das turmas do STF não representam o posicionamento do Tribunal, ensejando até mesmo a interposição de recurso para resolver a divergência.

Na Suprema Corte americana, todas as decisões finais são plenárias, e, no Tribunal Constitucional Federal alemão, são todas colegiadas – proferidas ao menos por três juízes – e representam o posicionamento do Tribunal, seja quando proferidas pelo Primeiro Senado ou pelo Segundo Senado, nos termos das competências delineadas pelo §14 da *BVerfGG*.

Por último, com relação à súmula vinculante, é necessário dizer que tanto a sua criação como a sua alteração são realizadas de maneira formal e artificial, ao contrário do precedente judicial da doutrina precedentista, cuja revisão é realizada de maneira paulatina, influenciada por diversos fatores, e utilizando-se de instrumentos como o *overruling*, o *sinaling*, o *antecipatory overruling* e o *prospective overruling*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema americano de controle difuso de constitucionalidade tem sua efetividade respaldada pelo respeito aos precedentes judiciais, que determina a vinculação das razões de

decidir a todos os órgãos jurisdicionais. A forma de composição da Corte suprema no ambiente americano não leva a distorções na estrutura daquele órgão.

O sistema alemão, fundado na existência de um Tribunal Constitucional com competência privativa para a realização do controle de constitucionalidade (seja concreto ou abstrato), permite que haja segurança e previsibilidade na aplicação das normas jurídicas. A formação do Tribunal e a existência de mandato para os seus membros, por sua vez, reforçam a natureza do órgão como Tribunal Constitucional.

No Brasil, a despeito de não haver um Tribunal Constitucional, a Constituição prevê o controle abstrato de constitucionalidade, que é realizado pelo mesmo órgão que realiza em última instância o controle difuso. Entretanto, somente as decisões proferidas em controle abstrato possuem força vinculante, estando a vinculação limitada ao dispositivo da decisão.

A utilização de institutos provenientes de outras culturas e desenvolvidos em ambientes diferentes nem sempre se dá de maneira satisfatória, demandando o desenvolvimento de institutos e mecanismos de aplicação adequados para cada sistema jurídico.

A análise comparada nos permite concluir que nosso sistema, muito embora possua institutos “importados” dos sistemas alemão e americano, não os utiliza de maneira adequada, o que resulta na obtenção de resultados indesejados pelo sistema, como a insegurança jurídica e o tratamento não isonômico dos jurisdicionados.



6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do*

- discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy editora, 2005.
- _____; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Surrey: Ashgate Publishing Limited, 1997.
- ALSTYNE, William W. Van. A critical guide to Marbury v. Madison. Durham: *Duke Law Journal*, v. 1-47, n. 1, Jan., 1969.
- ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade no sistema processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.
- BENDA, Ernst et al. (Org.). *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, 1996.
- BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. *Stare indecisis: the alteration of precedent on the Supreme Court 1946-1992*. New York: Cambridge University press, 1995.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada - Brasil, Itália, Alemanha e EUA*. Recife: Conceito Editorial, 2010.
- COMPARATO, Fabio Konder. Sobre a ideia de precedentes judiciais vinculantes. *Publicação oficial da Associação Juizes para a democracia*, ano 4, n. 7, mar. 1996.
- DANTAS, Ivo. *Novo Direito Constitucional comparado*. Curitiba: Juruá, 2010.
- DAVIS, Sue. The Chief Justice and Judicial Decision-Making: the Institutional Basis for Leadership on the Supreme

- Court. In: CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard. *Supreme Court Decision-Making: new institutional approaches*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.
- DEL CLARO, Roberto. Coisa Julgada e Efeito Vinculante na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. In MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2011.
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge, 2008.
- FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. Trad. Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- HUGHES, Charles Evans. *The republic endures and this is the symbol of its faith*. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/about/constitutional.aspx>>. Acesso em: 13 jul. 2011.
- LIMA. Augusto César Moreira. *Precedentes no direito*. São Paulo: LTr, 2001.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- LUNDMARK, Thomas. Harmonisation through Precedents. In: ATIENZA, Manuel et al.. *Theorie des Rechts und der Gesellschaft: Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot GmbH, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

- MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.
- _____. Introdução à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. In: SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Org. e introd. Leonardo Martins. Tradução Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldes Ferreira. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 4, ago. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm>. Acesso em: 10 jul. 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A suprema corte norte-americana: um modelo para o mundo. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n. 52, p. 89-102, jan./abr. 2004.
- NADELMANN, Kurt H. Judicial Dissent. *The American Journal of Comparative Law*, American Society of Comparative Law, v. 8, n. 4, Autumn, 1959, p. 415-432. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/837689>>. Acesso em: 14 jul. 2013.
- NOBRE Jr., Edilson. Recurso Extraordinário e a emenda Constitucional 45/2004. In: FRANÇA, Vladimir da Rocha, ELALI, André e BONIFÁCIO, Arthur Cortez (Coord.). *Novas tendências do Direito Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2010.
- SCHAUER, Frederick. Has precedent ever really mattered in the Supreme Court? *Georgia State University Law Review*, v. 24, art. 6, n. 2, Winter 2007.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sú-*

mula vinculante. Curitiba: Juruá, 2011.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado. *Revista de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 37, p. 97-110, 2009.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3rd. ed. New York: Foundation press, 2000.

ZANDER, Michael. *The law-making process*. 6th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.