

1.INTRODUÇÃO

O princípio da igualdade perante a lei impõe que o mesmo órgão não pode modificar arbitrariamente o sentido das suas decisões em casos substancialmente iguais e, ainda, quando o órgão em questão considere que deva afastar-se de seus precedentes deve oferecer, para tanto, uma fundamentação objetiva e razoável, cabendo, neste caso, à justiça constitucional avaliar a razoabilidade dos critérios interpretativos utilizados pela justiça ordinária para fundamentar o porquê da aplicação de um novo critério, e não buscar o motivo pelo qual houve uma eventual mudança de critério para solucionar um caso concreto. Não se pode admitir a igualdade entre os cidadãos, sem que exista igualdade nos julgamentos. (OLLERO, 2005)

Dentre os direitos e liberdades subjetivos protegidos em sede de recurso ou questão de inconstitucionalidade, quando necessário defender a ordem jurídica e proteger a supremacia constitucional, encontra-se a igualdade formal, prevista no texto constitucional espanhol no seu artigo 14, com a redação que abaixo segue:

Artigo 14. Os espanhóis são iguais perante a Lei, sem que possa prevalecer qualquer discriminação em razão do nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social.

Ao proferir a STC 49/1982¹, o Tribunal Constitucional se posicionou sobre dois aspectos primordiais em relação à justiça constitucional: interpretação judicial do Direito e igualdade formal.

Em relação ao primeiro tópico, a interpretação judicial do Direito, o entendimento proferido foi no sentido de inadmitir qualquer interpretação da Corte Constitucional dos preceitos contidos na legislação ordinária, porque esta deveria ser uma tarefa alheia à jurisdição constitucional.

Nesse momento, importante considerar a ressalva feita pelo próprio Tribunal Constitucional - STC 134/1991 - à sua atuação no sentido de que não lhe cabe emitir juízos sobre a interpretação e qualificação dos fatos formulados pelo juiz ordinário, ainda que análogos, visto que a questão levantada não é a de uma sentença judicial que se afasta do critério seguido anteriormente pelo mesmo Tribunal, sim da de duas sentenças de órgãos judiciais distintos não suscetíveis de posterior recurso e que decidem, de modo contraditório, casos idênticos em relação à mesma pessoa, que por fatos iguais foi condenada em um caso e

¹ As decisões referidas neste capítulo foram pesquisadas no sítio www.tribunalconstitucional.es.

absolvida em outro como consequência de que em um se qualificou como cheque sem fundos, quando a conta corrente carece de saldo ativo do devedor e no outro se interpretou que esta mesma conta podia reputar-se como conta de crédito e, portanto, pagável com cheque.

Não pode prosperar a invocação da igualdade. Além do que já foi dito, porque ao não existir um termo de comparação alheio às duas sentenças discrepantes, o juízo aqui teria que se referir ao mérito do direito aplicado e inclusive aos fatos (se a conta corrente podia ou não ser considerada como de crédito e a interpretação e aplicação do tipo penal do cheque sem fundos); isto é, acerca de qual das duas interpretações consideradas é a mais correta. Com isso, este Tribunal estaria assumindo uma função alheia as suas atribuições, posto que sua missão, que é a de corrigir a vulneração da igualdade na aplicação da lei, não se estende ao juízo sobre a interpretação e qualificação dos fatos formulada pelo juiz ordinário, ainda que pareçam análogos.

No que concerne a *igualdad ante la ley*, prevista no artigo 14 da Constituição Espanhola, o Tribunal Espanhol a interpretou - STC 49/1982 - sob alguns relevantes, tais como: tal norma constitucional - artigo 14 da Constituição Espanhola - estabelece um direito subjetivo dos cidadãos espanhóis de serem tratados iguais e, ao mesmo tempo, impõe uma obrigação aos poderes públicos de garantir esse tratamento igualitário e limita o poder legislativo e os poderes dos órgãos encarregados da aplicação das normas jurídicas.

A igualdade a que se refere o artigo 14 – igualdade jurídica ou perante a lei – não comporta necessariamente uma igualdade material ou igualdade econômica real e efetiva. Significa, de outro modo, que aos fatos iguais devem ser atribuídas consequências jurídicas iguais e que para que as diferenças sejam introduzidas entre as situações de fato, é preciso que exista uma suficiente justificativa que seja, ao mesmo tempo, fundada e razoável.

A regra geral da igualdade formal insculpida na Constituição Espanhola contempla, em primeiro lugar, a igualdade de tratamento atribuída pela lei ou igualdade na lei e, constitui, assim, um limite ao exercício da função legislativa. Mas é a igualdade na aplicação da lei que impõe que um mesmo órgão não pode modificar arbitrariamente o sentido de suas decisões em casos substancialmente iguais e que, quando o faça – ou seja, quando um órgão decide se afastar de seus precedentes – fundamente suficiente e razoavelmente sua decisão.

Distinto é o problema da igualdade na aplicação da lei quando esta não se refere a um único órgão, mas sim a órgãos diversos. Para tais casos, a fonte da busca da uniformidade é a jurisprudência proveniente dos órgãos jurisdicionais de instâncias superiores, pois necessário se faz que a igualdade formal se compatibilize a independência dos órgãos

jurisdicionais, no sentido de que estes órgãos superiores uniformizem a aplicação da lei através da sua jurisprudência (STC 39/1984).

Assim, de acordo com o posicionamento do Tribunal Constitucional, a violação ao princípio da igualdade na aplicação da lei requer que a diferença do tratamento entre duas ou mais pessoas se produza em relação a situações similares e seja arbitrária, não justificada por uma mudança de critério que possa reconhecer-se como tal, fruto de uma variação na interpretação da Lei que responde a uma reflexão do julgador alheia a uma finalidade discriminatória; e é preciso que o critério do qual se distancie a Sentença comparada integre uma linha jurisprudencial certa e consolidada da qual se separe, de maneira arbitrária ou seletiva, a sentença a qual se atribui a vulneração ao princípio da igualdade. (STC 246/1993).²

Numa linha jurisprudencial contrária a essa força vinculante da doutrina ditada pelos Tribunais Superiores em relação às instâncias inferiores - precedente vertical - segue o entendimento de que a vinculação aos precedentes não deve significar a vedação pela busca de uma interpretação normativa que seja mais adequada ao ordenamento em geral, isto é, não pode o precedente ser um empecilho às mudanças que melhor se compatibilizam a uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Essa foi a linha jurisprudencial esboçada na STC 160/1993, ao definir que a mera constatação da diferença de critério em relação a uma decisão anterior não implica, de forma automática, na infração do princípio da igualdade, pois não se pode exigir que o órgão judicial permaneça vinculado permanentemente aos seus próprios precedentes, principalmente quando estes incorreram em uma incorreta aplicação da norma aplicável, nem toda mudança de critério implica numa arbitrariedade.

A existência de uma determinada linha jurisprudencial, não implica que esta tenha que ser seguida, necessariamente, pelos Tribunais inferiores, que no uso de sua autonomia e independência judicial (artigo 117 Constituição Espanhola) podem licitamente discrepar do critério utilizado pelo Tribunal Supremo sem que com isso vulnerarem o princípio da igualdade na aplicação da Lei, ao tratar-se de órgãos judiciais diferentes. Tal diferença de critérios atenta, tampouco, contra o direito a obter uma tutela judicial efetiva desde que suas resoluções sejam produto de uma aplicação fundamentada no ordenamento jurídico.

² Seguindo essa mesma linha interpretativa, dentre outras sentenças, a STC 73/1988: “... Como este Tribunal ha reiterado, el principio de igualdad en la aplicación judicial del Derecho lo que impone es que un mismo órgano no modifique arbitraria o inadvertidamente sus resoluciones en casos sustancialmente iguales, debiendo justificar su actitud si pretende apartarse de lo resuelto en preCEDentes supuestos.” Ver também STC 90/1993, STC 48/1987, STC 108/1988.

E seguindo essa mesma tendência contrária a força vinculante das decisões, a STC 125/1986 traduz que o direito à igualdade perante a lei (artigo 14 Constituição Espanhola) não apresenta, ao que se refere ao âmbito de aplicação da mesma, um caráter absoluto e necessita de uma serie de matizações que este Tribunal cuidou de estabelecer e pontuar. Assim, enquanto a lei deve ser aplicada a uma situação da mesma maneira por um mesmo órgão jurisdicional (ressalvando, as diferenças que podem existir entre uns e outros supostos ou as razões que tenham induzido uma mudança de entendimento), quando se trata de órgãos jurisdicionais diferentes a igualdade na aplicação da lei expressa uma linha a qual deve obedecer ao ordenamento jurídico em seu conjunto e determina a necessidade de abertura das oportunas vias de recurso com o fim de que as eventuais divergências possam ser reduzidas, e a aplicação da lei unificada, mediante uma doutrina jurisprudencial uniforme; tudo isso respeitando o sistema de fontes do Direito e a independência dos órgãos jurisdicionais, cuja direta vinculação a lei e ao Direito não pode se manter rompida em razão de uma absoluta vinculação aos precedentes que nosso ordenamento jurídico não estabelece e aquela Constituição não exige.

Para que, então, figure caracterizada a vulneração ao princípio da igualdade formal, o Tribunal Constitucional Espanhol, na STC 73/1988, se manifestou sobre a presença de dois pressupostos essenciais: um termo válido de comparação e uma mudança imotivada de critério ou motivada arbitrariamente.

Na esteira dessa divergência jurisprudencial, quanto à admissibilidade da força vinculante do precedente vertical, o próprio Tribunal Constitucional acresceu um elemento, em outro momento, ao mencionar sobre a congruência dos requisitos identificadores da vulneração constitucional do princípio da igualdade perante a lei e, na STC 160/1993 - na qual o Tribunal Constitucional se posicionou contrário a força vinculante da doutrina dos Tribunais Superiores - os elencou sob três enfoques: a identidade do órgão judicial; a similitude de casos solucionados de forma contraditória; e a ausência de qualquer motivação que, elaborada em termos generalizados, justifique a mudança de critério de julgamento, e exclua qualquer vestígio de arbitrariedade.

Assim, a seguir serão analisadas a eficácia horizontal e vertical na jurisprudência constitucional espanhola, a fim de se verificar se a igualdade formal, essencial para um Estado Democrático, é um princípio estruturante e norteador no exercício da atuação do Tribunal Constitucional espanhol, e, nesse sentido, garantida a justiça nas relações sociais.

2. DA EFICÁCIA VERTICAL NA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL ESPANHOLA

A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Nº 02/79 é expressa ao definir, no seu artigo 87.1, que todos os poderes públicos estão obrigados ao cumprimento das decisões ditadas pelo Tribunal, devendo, ainda, os juízes e tribunais prestar ao Tribunal Constitucional, com carácter preferencial e urgente, o auxílio jurisdicional por este solicitado (artigo 87.2).

O entendimento da doutrina espanhola é que tal vinculação não se restringe apenas a parte dispositiva da sentença constitucional, mas também a *ratio decidendi*, vinculando-se os juízes e Tribunais, também aos fundamentos desenvolvidos pela Corte Constitucional para justificar a decisão proferida. (SÁNCHEZ, 2000, p. 105; CONDE, 1997. p. 307)

O artigo 38 dessa Lei Orgânica, na sua parte primeira, é preciso ao definir que as sentenças proferidas nos procedimentos de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional terão o valor de coisa julgada e vincularão a todos os poderes públicos.

Quando, porém, o Tribunal admitir que a norma objeto de um recurso de inconstitucionalidade for constitucional, essa mesma norma poderá ser objeto de uma questão de inconstitucionalidade quando necessária a sua aplicação em outro processo principal.

E mais, as sentenças ditadas pela improcedência da inconstitucionalidade da norma questionada em sede de recurso de inconstitucionalidade impedirão que, nessa mesma via, a mesma norma seja questionada sob o mesmo argumento.

Podemos, aqui, tecer algumas considerações que vão mitigar tanto o entendimento doutrinário como a previsão normativa sobre a questão relativa aos efeitos verticais das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional: a) as decisões pela procedência da inconstitucionalidade normativa sempre terão valor de coisa julgada, sendo, atribuído o efeito vinculante à decisão ditada pelo Tribunal Constitucional; b) quando uma norma for declarada constitucional em um recurso de inconstitucionalidade, poderá a mesma ser objeto de uma questão de inconstitucionalidade, ainda que sob o mesmo fundamento utilizado no recurso de inconstitucionalidade. Nesse caso, o efeito vinculante não será atribuído nem a *ratio decidendi* nem mesmo à decisão; c) quando a norma for declarada constitucional em sede de recurso de inconstitucionalidade, ela poderá ser objeto de um novo questionamento perante essa mesma via desde que utilizado outro fundamento de violação à Constituição, portanto, nesse caso, o que vincula é única e exclusivamente a *ratio decidendi*, e não a decisão proferida pela Corte Constitucional.

No que tange às decisões proferidas nos processos de questões de inconstitucionalidade, tanto a regulamentação da Corte Constitucional bem como a doutrina

majoritária como exposta anteriormente, se posicionam no sentido de admitir que o juiz ou Tribunal manter-se-á vinculado à decisão proferida por aquele órgão de jurisdição constitucional, desde o momento em que tiver conhecimento da sentença constitucional, bem como as partes desde o momento em que forem notificadas da mesma (artigo 38.3, Lei Orgânica do Tribunal Constitucional).

Nessa mesma linha de flexibilização do efeito vinculante, sob a ótica vertical, foi firmado um entendimento pelo Tribunal Constitucional Espanhol manifestado na STC 160/1993, anteriormente citada e que caracterizou uma importante interpretação da jurisdição constitucional no sentido de admitir que a vinculação aos precedentes não pode inibir que novas interpretações normativas sejam elaboradas de modo a melhor adequar-se ao ordenamento, exatamente porque a diferença do critério adotado em relação a uma decisão anterior não garante, *de per si*, uma violação ao princípio da igualdade, posto que o Judiciário não está obrigado a manter-se vinculado *ad eternum* aos seus precedentes e, como ainda mais razão, não está obrigado a manter-se vinculado àqueles precedentes que incorreram em uma incorreta ou injusta aplicação normativa. Assim, nem sempre a mudança de critério vai caracterizar uma arbitrariedade, uma violação à igualdade na aplicação da lei.

E, ainda, foi pontuado nessa mesma decisão que a existência de uma linha jurisprudencial não implica que esta deve ser seguida pelas instâncias inferiores, posto que, em nome da sua autonomia e independência judicial podem discrepar do critério utilizado pela instância superior, sem que isso caracterize vulneração à igualdade na aplicação da lei.

Importante enfatizar também que, em conformidade ao disposto na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional N° 02/79, mais especificamente no seu artigo 40, o legislador foi claro ao determinar que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma proferida pelo Tribunal Constitucional Espanhol não alcançará os processos extintos com sentenças de coisa julgada, portanto, irrecorríveis, a não ser nos casos em que a nulidade da norma aplicadora de uma sanção em processos penais ou contencioso-administrativo, resulte numa diminuição ou extinção da pena.

Em todo caso, a jurisprudência dos órgãos integrantes da justiça ordinária deverá adaptar-se à doutrina proveniente das decisões proferidas pela Corte constitucional, nos processos constitucionais.

Na Espanha, o Tribunal Constitucional proferiu sentenças interpretativas pela improcedência da inconstitucionalidade normativa a partir da decisão STC 05/1981, sob o argumento de que não devem ser criadas lacunas desnecessárias no ordenamento jurídico,

evitando-se, ao mesmo tempo, que a manutenção do preceito impugnado possa lesionar o princípio básico da primazia da Constituição.

Esse fundamento utilizado pelos juízes constitucionais para justificar a adoção das sentenças interpretativas partiu do entendimento com base no qual, se existem interpretações distintas que podem ser atribuídas a um dispositivo legal, o qual antes de ingressar no plexo jurídico, foi discutido e aprovado mediante um processo democrático de deliberação política do qual fizeram parte representantes eleitos pelo povo, que sejam, portanto, adotadas aquelas interpretações que garantam a compatibilidade da norma ao texto constitucional fazendo prevalecer esse texto supremo.

Assim, evita-se a retirada do documento aprovado democraticamente do sistema jurídico e, conseqüentemente, deixa de ser criada uma lacuna a mais nesse sistema e, ao mesmo tempo, ressalta-se a importância ímpar, fundamental da Constituição, a partir do momento em que apenas serão aplicadas aquelas interpretações que com ela sejam compatíveis e por ela legitimadas.

O Tribunal Constitucional Espanhol, na Sentença Nº 201, de 27 de outubro de 2009, analisou as questões de inconstitucionalidade levantadas pelo Juiz Titular da Vara Penal Nº 2 de Albacete contra, dentre outros, o artigo 171.4 do Código Penal, com a redação dada pelo artigo 38 da Lei Orgânica Nº 1/2004, referente às medidas de proteção integral contra a violência de gênero, que define que aquele que ameace de modo leve a quem tenha sido, ou seja, sua esposa, ou mulher que esteja ou tenha estado ligada a ele por uma análoga relação de afetividade ainda que sem convivência, será punido com a pena de prisão de seis meses a um ano ou de trabalhos em benefício da comunidade de trinta e um a oitenta dias e, em todo caso, privação de direito a ter porte de armas de um ano e um dia a três anos, assim como, quando o Juiz ou Tribunal entenda adequado ao interesse do menor ou incapaz, inabilitação especial para o exercício do pátrio poder, tutela, curatela, guarda ou acolhimento até cinco anos. Devendo igual pena ser aplicada àquele que de modo leve ameace a uma pessoa especialmente vulnerável que conviva com o autor.

Para o órgão judicial promotor, o preceito resultaria contrário aos princípios da igualdade, da culpabilidade e da presunção de inocência, com a conseqüente afetação ao direito a liberdade pessoal, e de legalidade penal, assim como violador do artigo 9º da Constituição Espanhola, por opor-se à determinação aos poderes públicos de promoção de condições para que a liberdade e a igualdade sejam reais e efetivas se estivermos diante de um tratamento punitivo diferente da mesma conduta em função do sexo dos sujeitos ativo e passivo, e se existir uma presunção contrária ao princípio da culpabilidade consistente em que

as agressões dos homens às mulheres que são ou foram suas companheiras constituem uma manifestação de discriminação.

A diferença normativa é sustentada pelo legislador no seu afã de sancionar mais umas agressões, que entende serem mais graves e mais reprováveis socialmente a partir do contexto relacional no qual se produzem e a partir também de que tais relações são o reflexo de uma desigualdade no âmbito das relações heteroafetivas de gravíssimas consequências para quem de um modo constitucionalmente intolerável ostenta uma posição subordinada.

A dúvida acerca da constitucionalidade da norma questionada perpassa por uma doutrina constitucional já consolidada, segundo a qual o tratamento diferenciado de situações de fato iguais deve ter uma justificação objetiva e razoável e não implique em consequências desproporcionais das situações diferenciadas em razão da finalidade perseguida por tal diferenciação.

Sob este prisma, o preceito questionado responde a uma finalidade legítima que é a de prevenir que as agressões entre casais se produzam como manifestação do domínio do homem sobre a mulher nesse contexto; sua pretensão é, assim, a de proteger a mulher no âmbito no qual o legislador entende que seus valores básicos como a vida, integridade física e saúde e, ainda, sua liberdade e dignidade estão insuficientemente protegidos. Seu objetivo é também o de combater a origem de um abominável tipo de violência que surge num contexto de desigualdade e de assim fazê-lo com distintos tipos de medidas, entre eles os penais.

Por isso, cabe considerar que esta inserção supõe uma maior lesividade para a vítima, de um lado, para a sua segurança, com a diminuição das expectativas futuras de indenização, pelo medo de ser de novo agredida; de outro, para a sua liberdade, para a livre conformação da sua vontade, porque a consolidação da discriminação agressiva do homem frente a mulher no âmbito da relação acrescenta um efeito intimidatório a conduta, que restringe as possibilidades de atuação livre da vítima; e, ainda, para a sua dignidade, enquanto negadora de sua igual condição de pessoa, reunindo elementos que a identifica, frente a sociedade, como integrante de um grupo menosprezado.

A diferença nas consequências jurídicas das normas que se oferecem como contraste não permite concluir que se gere uma desproporção que conduza pela via da inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da igualdade, de ambos os preceitos, tanto em função das finalidades da diferenciação (que não são outras que a proteção da liberdade e da segurança das mulheres, as quais o legislador entende como insuficientemente protegidas no âmbito das relações afetivas, e a luta contra a desigualdade da mulher neste âmbito), como em

função da flexibilidade com a qual se concebeu o sistema de determinação das respectivas penas.

Na esteira dessa análise, o Tribunal manteve o seu entendimento de rejeitar tal interpretação, por admitir que o preceito questionado não cataloga a mulher como pessoa especialmente vulnerável, nem presume que assim o seja. E tampouco considera a maior agressividade dos homens ou de certos homens. Aprecia, simples e razoavelmente, a especial gravidade de certos fatos “a partir do âmbito relacional no qual se produzem e do significado objetivo que adquirem como manifestação de uma grave e arraigada desigualdade.”³

Assim, tais sentenças interpretativas pela improcedência da inconstitucionalidade da norma, vinculam *inter partes*, pois o juiz que remeteu a indagação quanto à constitucionalidade da norma estará obrigado a aplicar, para a solução do caso concreto, a decisão proferida pelo órgão constitucional, mas operam *erga omnes*, visto que o entendimento do Tribunal Constitucional manter-se-á inalterado, até que outro seja o fundamento que justifique a sua incompatibilidade ao texto constitucional, sob pena de violação ao princípio da igualdade na aplicação da lei, exatamente como pudemos perceber, principalmente, da análise das decisões constitucionais do Tribunal Espanhol, que mantiveram incólume o artigo 171.4 do Código Penal daquele país, visto não ter sido atribuída ao mesmo, até então, qualquer interpretação ou mesmo aplicação que lhe eivasse do vício de inconstitucionalidade.

Ainda no tocante à eficácia vertical, para que as decisões constitucionais sejam proferidas com fundamento na segurança jurídica e na não violação à igualdade na aplicação da lei, torna-se necessário que as variáveis que aproximam ou distanciam duas ou mais situações normativas sejam estabelecidas objetiva e claramente pela Corte Constitucional para que, assim, seja evidente, para as instâncias do Judiciário, qual decisão constitucional deverá servir de fundamento jurídico para a solução do conflito submetido à sua apreciação.

Busquemos como exemplo espanhol, o Recurso de Inconstitucionalidade apresentado pelo Deputado Espanhol Don Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa, do Grupo Popular da Câmara dos Deputados, no qual foi questionada a legitimidade constitucional do artigo único, partes 6 e 7, da Lei Orgânica Nº 06/2007, de 24 de maio, que alterou a Lei Orgânica 02/1979, de 03 de outubro, do Tribunal Constitucional, dando nova redação aos seus artigos 16.1 e 16.3.

³ Nesse mesmo sentido, foram proferidas apenas no ano de 2009, as seguintes Sentenças Constitucionais: 45, de 19 de fevereiro; 107, de 04 de maio; 127, de 26 de maio; 151, 152, 153 e 154, todas de 25 de junho; 164, 165 e 167, de 02 de julho; 177, 178, 179 e 180, de 21 de julho; 201, 202 e 203, de 27 de outubro; 213, de 26 de novembro. Pesquisa realizada no sítio www.tribunalconstitucional.es.

De acordo com o exposto no recurso, o parágrafo acrescido ao artigo 16.1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional – LOTC – suporia uma fragilização das competências atribuídas ao Senado, posto que os magistrados propostos pelo Senado serão eleitos entre os candidatos apresentados pelas Assembleias Legislativas das Comunidades Autônomas nos termos determinados pelo Regulamento da Câmara.

As considerações se pautaram nas alegações segundo as quais, em primeiro lugar, a reforma da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional não pode ser utilizada para impor a um órgão constitucional, como o Senado, o modo de exercer uma faculdade própria reconhecida pela norma fundamental do sistema jurídico.

Os recorrentes aduziram, ainda, que a reforma excede a reserva específica da lei orgânica contida no artigo 165 da Constituição Espanhola, posto que regulamenta o comportamento ao qual deve ajustar-se o Senado, que não pode considerar-se integrado na regulação nem ao funcionamento do Tribunal Constitucional, nem ao Estatuto dos seus membros e nem ao direito processual constitucional. De toda forma, a jurisprudência constitucional relativa a reserva da lei orgânica (SSTC 5/1981, 76/1983, 169/1987 ou 124/2003) impede, na opinião dos recorrentes, que a lei orgânica de uma determina instituição possa determinar parcelas fundamentais do núcleo de decisão e atuação de outra instituição, e muito menos de uma câmara representativa como o Senado. E, também, ponderam que houve a utilização de uma lei orgânica, como a do Tribunal Constitucional, para outorgar às Assembleias Autônomicas competências que a Constituição não previu.

Como matéria de fundo, os recorrentes insistiram que a reforma do artigo 16.1 LOTC vulnera frontalmente o disposto no artigo 159.1, da Constituição Espanhola, que atribui a designação de alguns magistrados do Tribunal Constitucional direta, exclusiva e livremente ao Senado, sem que esta faculdade possa ser limitada ou condicionada pelas propostas dos Parlamentos autonômicos.

O Tribunal Constitucional, julgando este recurso na STC 49, de 09 de abril de 2008, considerou alguns fundamentos jurídicos para que, então, fosse proferida a sua decisão. O primeiro passo da Corte Constitucional foi o de delimitar o objeto da impugnação, isto é, o novo parágrafo segundo do artigo 16.1 LOTC.

Ocorre que nem a Lei Orgânica Nº 02/1979, de 03 de outubro, nem as suas sucessivas reformas (Leis Orgânicas Nº 08/1984, de 26 de dezembro; Nº 04/1985, de 07 de junho; Nº 06/1988, de 09 de junho; Nº 07/1999, de 21 de abril; e Nº 01/2000, de 07 de janeiro) foram impugnadas através de processo de controle de constitucionalidade. Porém, por não se ter, até então, impugnado diretamente nenhuma das referidas Leis Orgânicas nem as

normas de mesma hierarquia que afetam as competências do Tribunal, dever-se-á analisar, preliminarmente, se é possível e, neste caso, em qual medida, controlar a constitucionalidade da Lei Orgânica que regula o Tribunal Constitucional.

Como não existe dúvida quanto ao fato de que os preceitos impugnados constituem disposições normativas com força de lei, esses são suscetíveis de serem declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, não existindo, portanto, motivos processuais para rejeitar a possibilidade de tal controle.

Desde uma perspectiva material, interessa destacar que os limites constitucionais ao legislador orgânico não procedem unicamente de uma interpretação literal do preceito aduzido em cada caso, mas sim do modelo de Tribunal Constitucional que se deriva de uma interpretação conjunta da norma suprema e dos princípios constitucionais que se projetam sobre o mesmo. Assim, sobre o conteúdo da LOTC, entendem os magistrados constitucionais que em respeito às normas constitucionais e a independência do Tribunal, o legislador pode introduzir as modificações que entender oportunos, devendo respeitar os limites indispensáveis para evitar a inconstitucionalidade ou assegurar o cumprimento dos objetivos constitucionais. Como conclusão, entendeu o Tribunal que, desde uma perspectiva material não existem obstáculos para que fosse realizado o controle de constitucionalidade dos preceitos da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional.

Em relação aos limites do controle a ser exercido pelo Tribunal Constitucional, vale enfatizar que o julgamento realizado é exclusivamente acerca da constitucionalidade da norma questionada, e não político, de oportunidade ou de qualidade técnica. As intenções do legislador, sua estratégia política ou seu propósito último não constituem, como é evidente, objeto de controle pelo Tribunal Constitucional, que limitará a possível aplicação prática aos casos concretos dos preceitos impugnados e das normas e princípios constitucionais que integram, em cada caso, o parâmetro do controle. Por outro lado, tratando-se do legislador democrático, não podemos perder de vista que a presunção de constitucionalidade ocupa um lugar de destaque no exercício deste controle, e, tampouco, deve perder-se de vista, como questão de princípio, que o legislador não deve limitar-se a executar a Constituição, exatamente porque está constitucionalmente legitimado para tomar todas aquelas medidas que, num marco caracterizado pelo pluralismo político, não vulnerem os limites que se derivam da norma fundamental.

A pretensão dos recorrentes de qualificar como arbitrários os motivos do legislador deve ser rejeitada, portanto, pelos motivos já pontuados, bem como pelo fato do pluralismo político e a liberdade de atuação do legislador serem bens constitucionais que devem ser

protegidos pela corte Constitucional. Assim, quem invoca a arbitrariedade legislativa deverá fundamentá-la em detalhes, oferecendo uma justificativa fundada em um princípio convincente capaz de destruir a presunção de constitucionalidade da lei impugnada e, por outro lado, a arbitrariedade deve ser o resultado de uma discriminação normativa e, ainda, deve corresponder a uma ausência absoluta de explicação racional da medida adotada, mas de modo algum, deve ser ponderada a discrepância política em relação ao seu conteúdo.

Os recorrentes se limitaram a qualificar as reformas impugnadas de puramente arbitrárias e carentes de qualquer justificação jurídica; os motivos que levaram o legislador a aprovar os preceitos impugnados, sobre sua incapacidade de expressá-los e sua vontade de ocultá-los não podem fazer parte de um debate processual no âmbito do Tribunal Constitucional, que tem por objeto normas e não intenções.

Para poder se analisar a vulneração ao artigo 159.1, Constituição Espanhola, é preciso partir da interpretação deste preceito não isoladamente considerado, mas no contexto dos demais preceitos constitucionais e, em especial, das normas que integram o título IX, da Constituição Espanhola, e, por fim, do modelo de Tribunal Constitucional decorrente da norma suprema.

A Constituição Espanhola regula detalhadamente a eleição dos membros do Tribunal Constitucional no seu artigo 159.1, que não apenas fixa em 12 (doze) o número de Magistrados, como também determina a participação dos diversos órgãos constitucionais, o que não impede que outras normas possam prever tal matéria, como, por exemplo, dispor sobre o procedimento a ser obedecido para esta escolha.

Desde uma perspectiva material, a opção do constituinte se baseia na participação de diversos órgãos constitucionais na eleição dos Magistrados do Tribunal Constitucional, como se pode depreender da leitura do artigo 159.1, Constituição Espanhola, que estabelece uma distribuição concreta (dois Magistrados propostos pelo Governo, dois propostos pelo Conselho Geral do Poder Judicial, quatro pelo Congresso dos Deputados e outros quatro pelo Senado), a partir da qual podemos observar: por um lado, que existe um protagonismo das Cortes Gerais, que elegem oito dos doze Magistrados; e por outro lado, uma equidade entre ambas as Câmaras em relação ao *quorum* a ser obedecido e ao número de Magistrados a serem eleitos por cada qual.

Importante observar, que a expressão contida no dispositivo questionado “entre os candidatos” não tem, pois, que ser interpretada, necessariamente, em um sentido que exclua qualquer possível margem de manobra por parte do Senado, primeiro, porque no caso de ser

interpretada mais estritamente, pressupõe necessariamente a existência de diversos candidatos e, portanto, uma possibilidade de eleger uns e descartar outros.

Segundo, porque os termos em que foi redigida a remissão ao Regulamento Parlamentar não pode impedir que o próprio Senado cumpra com sua função constitucionalmente prevista se, por exemplo, o número de candidatos apresentados for insuficiente, ou se considerar que os candidatos propostos não cumprem os requisitos exigidos constitucionalmente, ou se a eleição de alguns dos Magistrados se frustra por não alcançar a maioria requerida. Assim, tal como está redigida, a norma impugnada não pode deixar na seara dos Parlamentos Autônomicos, a livre determinação dos candidatos elegíveis pelo Senado, pelo que remete ao seu Regulamento e, portanto, à própria vontade da Câmara, a concreção do grau de participação dos Parlamentos Autônomicos, sendo que tal remissão não implica que o Regulamento do Senado não esteja submetido aos limites constitucionais que permitem que a Câmara exerça adequadamente a sua função constitucional, nem que o Tribunal Constitucional não possa controlar que a efetiva participação autonômica no processo de eleição de seus Magistrados, respeite tais limites. Porém, a possibilidade que tais situações ocorram não nos pode levar a considerar que, tal como redigido, o preceito impugnado seja inconstitucional.

Nenhum preceito constitucional impede expressamente que as Assembleias das Comunidades Autônomas possam intervir na eleição dos Magistrados do Tribunal Constitucional apresentando candidatos a serem escolhidos pelo Senado. Ainda que isto não esteja previsto, a competência constitucional da Câmara Alta para eleger quatro dos doze Magistrados não pode se interpretada como uma proibição constitucional implícita a que os Parlamentos Autônomicos intervenham nesta eleição mediante a apresentação de candidatos.

Da interpretação conjunta dos artigos 69⁴ e 159.1, ambos da Constituição Espanhola, pode-se extrair o princípio de participação autonômica na composição do Tribunal suscetível

⁴ Artigo 69. 1. *El Senado es la Cámara de representación territorial.*

2. *En cada provincia se elegirán cuatro Senadores por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los votantes de cada una de ellas, en los términos que señale una Ley Orgánica.*

3. *En las provincias insulares, cada isla o agrupación de ellas, con Cabildo o Consejo Insular, constituirá una circunscripción a efectos de elección de Senadores, correspondiendo tres a cada una de las islas mayores - Gran Canaria, Mallorca y Tenerife - y uno a cada una de las siguientes islas o agrupaciones: Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma.*

4. *Las poblaciones de Ceuta y Melilla elegirán cada una de ellas dos Senadores.*

5. *Las Comunidades Autónomas designarán además un Senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. La designación corresponderá a la Asamblea legislativa o, en su defecto, al órgano colegiado superior de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo que establezcan los Estatutos, que asegurarán, en todo caso, la adecuada representación proporcional.*

6. *El Senado es elegido por cuatro años. El mandato de los Senadores termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara.*

de ser desenvolvido de diversos modos. A regulamentação impugnada constitui uma dessas formas, pois articula esta referida participação através da proposta de candidatos por parte dos Parlamentos autonômicos, isto é, o que interessa destacar é que a participação das Comunidades Autônomas nesta eleição constitui uma finalidade que pode perseguir-se legitimamente no sistema constitucional espanhol.

De todo o exposto, cabe deduzir, entre outros aspectos, que o teor literal do artigo 16.1 LOTC, permite que o Regulamento do Senado preveja, dentre outras fórmulas, inclusive, mecanismos que tornem possíveis que a própria Câmara proponha candidatos a Magistrados do Tribunal Constitucional garantindo, assim, que a Câmara Alta cumpra com a sua obrigação constitucionalmente definida.

Descartado que o dispositivo impugnado possa supor uma perda de poder por parte do Senado, é evidente que não houve vulneração da posição constitucional desta Câmara, proveniente do título II, da Constituição Espanhola.

Assim, na medida em que a finalidade perseguida por esta norma é constitucionalmente legítima e o seu conteúdo concreto não vulnera nenhum mandamento constitucional, a impugnação objeto do recurso de inconstitucionalidade não deveria ser admitida.

Mas, além disso, importante perceber a necessidade da preservação da eficácia vertical para a garantia desse Estado Democrático, com fundamento na preservação da igualdade na aplicação da lei.

Isto porque, existem órgãos com atribuições constitucionais distintas, que devem ter as suas competências preservadas, exatamente para garantir a obediência aos preceitos insculpidos na norma fundamental e, portanto, fazer prevalecer o querer social como vontade máxima expressa pelo constituinte, ao elaborar a Carta Constitucional: o poder judiciário, cuja função é a de dirimir conflitos surgidos nas relações sociais, visando o alcance da justiça através da aplicação do Direito; e a Corte Constitucional, que tem como papel interpretar a Constituição, de modo a garantir a unidade do sistema jurídico, ao definir a legitimidade constitucional das normas infraconstitucionais que integram o ordenamento.

No caso mencionado, enquanto compete a Corte Constitucional declarar a constitucionalidade da norma que previu a participação dos legislativos autonômicos no processo de escolha dos magistrados constitucionais; em nome da preservação do Estado Democrático, cabe ao Judiciário garantir a aplicação da norma que, declarada compatível à

Constituição pelo órgão que detinha competência para tanto, deverá permitir a atuação dos parlamentos das Comunidades Autônomas na definição de alguns dos candidatos que serão eleitos pelos Senadores, através de uma manifestação democrática.

Imaginemos, por outro lado, que contrariamente as decisões da Corte Constitucional, proferidas nos processos constitucionais iniciados a partir de uma provocação pela via indireta, o juiz competente para desfazer o conflito proveniente de uma relação subjetiva deixe de aplicar a sentença proferida pelo órgão de jurisdição constitucional, por entendê-la conflitante com o sistema jurídico, exercendo, desta feita, um novo juízo de constitucionalidade, sem que tenha competência para tanto.

Estaríamos, sem dúvida, diante não apenas de uma “simples” violação aos dispositivos regulamentadores das competências constitucionais, porém, mais que isso, diante de uma ofensa a um sistema que se erigiu com base nos princípios democráticos, em especial, no que tange à igualdade na aplicação da lei.

3. CONCLUSÃO

O Estado alcança as finalidades para as quais fora instituído – satisfação dos interesses sociais e administração dos bens públicos – através do exercício das suas funções executiva, legislativa e judiciária. E, nesse organograma, desponta uma competência considerada essencial para o Estado Democrático de Direito, que é a de interpretar a Constituição, documento normativo de expressão máxima das aspirações e realidades sociais. Existem, assim, atribuições específicas, a cada setor do governo e todas, indistintamente, devem ser concretizadas em conformidade ao texto constitucional. Portanto, não se pode subestimar a importância da justiça constitucional, que através da atuação da Corte Constitucional, tem importância ímpar no processo de democratização do Estado.

Quanto à eficácia vertical das sentenças constitucionais, isto é, quanto ao poder de vinculação dessas decisões às instâncias do Poder Judiciário é importante frisar a existência de dois fundamentos que subsidiam o Estado Espanhol, quais sejam: o do respeito à separação dos poderes e à distribuição de competências prevista em nível constitucional.

A despeito do Tribunal Constitucional ter a sua competência definida claramente em nível constitucional, a vinculação aos precedentes não pode inibir que novas interpretações normativas sejam elaboradas de modo a melhor adequar-se ao ordenamento, exatamente porque a diferença do critério adotado em relação a uma decisão anterior não garante uma violação ao princípio da igualdade, mas, ao contrário, enfatiza a importância do processo interpretativo adotado pelos juízes competentes para atribuir a justiça nas relações sociais.

Tanto que não é pacífico o entendimento acerca do qual o juiz ou Tribunal da jurisdição ordinária manter-se-ão vinculados à decisão constitucional, assim que dela tiverem conhecimento, junto com as partes, desde o momento da sua notificação.

Uma parte minoritária da doutrina espanhola admite que, em momento algum, o juiz *a quo* se autovincula a aplicar a norma por ter suscitado a questão de inconstitucionalidade, visto que de acordo com esta corrente minoritária, o juiz *a quo*, desde que admita que outra norma possa ser aplicada para solucionar o caso da ação principal, e não mais aquela que provocou a manifestação do Tribunal Constitucional no processo de questão de inconstitucionalidade normativa, não se vincularia a aplicação desta, estando apenas vinculado à declaração de constitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional.

Isto é, se entendesse que para a solução do litígio apresentado perante a justiça ordinária deveria aplicar a norma objeto da questão de inconstitucionalidade, neste caso, deveria aplicá-la como compatível a Constituição, porque nesse sentido se manifestou o Tribunal Constitucional, porém, se admitisse que outra norma deveria ser aplicada no deslinde do caso, poderia deixar de aplicar a norma objeto de questionamento.

Talvez, na Espanha se mostre mais evidente esse poder-dever do qual o Judiciário é titular de interpretar as normas e os casos concretos, ampliando a independência da função jurisdicional, porque existe um recurso próprio e específico bastante difundido, a ser utilizado sempre que houver violação a um direito resguardado constitucionalmente, chamado Recurso de Amparo.

Podemos identificar como a característica desse sistema no tocante à eficácia vertical é que, na Espanha frisa-se, constantemente, a liberdade interpretativa do poder judiciário, dentro de um parâmetro que não ofenda a atuação e a competência do Tribunal Constitucional, como já defendido anteriormente.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BACIGALUPO, Enrique. **Jurisprudencia y seguridad jurídica**. In: precedente vertical. La fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo. Madri: Editorial Aranzadi, 2000.

CATELANI, Elisabetta. **La determinazione della “questione di legittimità costituzionale” nel giudizio incidentale**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993.

CERRI, Augusto. **L'eguaglianza**. Roma: Editori Laterza, 2005.

COMELLA, Victor Ferreres. **Justicia Constitucional y democracia**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Comentários a la Constitución Española de 1978. Madri: Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas, 1999.

COUSO, Susana García. **El juicio de relevância en la cuestión de inconstitucionalidad**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **La justicia y el sistema de fuentes del Derecho**. In: **La vinculación del juez a la ley**. Anuário de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Madri: Boletín Oficial del Estado, 1997.

DONATI, Filippo. **Principio fondamentale di eguaglianza e diritto comunitario**. In: *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madri: Civitas, 1994.

FAVOREU, Louis *et alli*. **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

GUERRA, Luis López. **La fuerza vinculante de la jurisprudencia**. In: *Actualidad Aranzadi*. Año X. Nº 442. Madri: Editorail Aranzadi, 2000. pp. 1/4

GUERRA, Luiz López. **Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

GUERRA, Luiz López; LLORENTE, Francisco Rubio e outros. **La jurisdicción Constitucional en España**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** In: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LLORENTE, Francisco Rubio. **La forma del poder. Estudios sobre la Constitución**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Dimensiones de la Igualdad**. Madri: DYKINSON, 2005.

MONTORO, Angel J. Gómez. **El conflicto entre organos constitucionales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

OLLERO, Andrés. **Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

ROYO, Javier Perez. **Tribunal Constitucional y division de poderes.** *Temas claves de la Constitución Española.* Madri: Editorial Tecnos, 1988

SANCHES, Sydney. **Aspectos processuais do controle de constitucionalidade.** In: RePro 79, ano 20, jul/set. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SÁNCHEZ, Pedro José González-Trevijano. **El Tribunal Constitucional.** Madri: Aranzadi Editorial, 2000.

SEGADO, Francisco Fernández. **La Justicia Constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano.** Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

SUSTEIN, Cass R. **The partial Constitution.** Cambridge. Massachusetts, and London, Inglaterra: Harvard University Press.

TREMPS, Pablo Pérez. **El Tribunal Constitucional II.** In: Derecho Constitucional. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado. Volumen II. 3ª ed. Valencia: Tirant to Blanch, 1997.

ULLA, Juan Manuel López. **La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho Español.** Madri: Marcial Pons, 2000.

VILLALÓN, Pedro Cruz. **La formación del sistema europeo de controle de constitucionalidad.** Madri: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 1987.