

Eficácia vertical e horizontal das decisões no sistema espanhol de controle concentrado de normas

JULIANA FREITAS

Doutora em Direito pela UFPA, com período sanduíche na *Università di Pisa* (Itália). Mestre em Direito (UFPA). Professora (CESUPA).

SUMÁRIO: 1 Introdução • 2 Da eficácia vertical na jurisprudência constitucional espanhola • 3 Da eficácia horizontal na jurisprudência constitucional espanhola • 4 Conclusão • 5 Referências.

RESUMO: Diante da imposição constitucional de se preservar o respeito ao tratamento igualitário àqueles que se situam em relações jurídicas idênticas, surge a necessidade de se fundamentar objetiva e razoavelmente os eventuais tratamentos jurisdicionais diferenciados. Assim, torna-se imperiosa a necessidade de os juízes buscarem elementos objetivos que aproximam e afastam não apenas as situações fáticas, como também aquelas jurídicas – que envolvem o caso posto à sua análise – exatamente para evitar a violação ao princípio constitucional da igualdade na aplicação da lei, que ocorre quando tal igualdade não se configura nos juízos emitidos pelo Tribunal Constitucional, seja vertical ou horizontalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal Constitucional Espanhol • Decisões • Igualdade.

Vertical and horizontal effectiveness of decisions in the Spanish judicial control

CONTENTS: *1 Introduction • 2 Vertical effectiveness in Spanish constitutional jurisprudence • 3 Horizontal effectiveness in Spanish constitutional jurisprudence • 4 Conclusion • 5 References.*

ABSTRACT: From the constitutional duty to preserve an egalitarian treatment to those who experience identical legal relationships, comes the need to objectively and reasonably justify possible different jurisdictional treatments. Thus, it is imperative that judges seek objective elements that approach and withdraw not only factual situations, but also legal ones – which involve the case under their analysis – to avoid the violation of the constitutional principle of equality on the application of the law, that occurs when such equality is not reflected on the decisions issued by the Constitutional Court, neither vertically nor horizontally.

KEYWORDS: Spanish Constitutional Court • Decisions • Equality.

La eficacia vertical y horizontal de las decisiones en el controle concentrado de normas del sistema español

CONTENIDO: *1 Introducción • 2 La eficacia vertical en la jurisprudencia constitucional española • 3 La eficacia horizontal en la jurisprudencia constitucional española • 4 Conclusión • 5 Referencias.*

RESUMEN: Ante la imposición constitucional de preservar el respeto al trato igualitario aquellos que se sitúan en relaciones jurídicas idénticas, surge la necesidad de justificar de manera objetiva y razonable los posibles tratamientos jurisdiccionales diferenciados. Así, se vuelve imperiosa la necesidad de que los jueces busquen elementos objetivos que aproximan y alejan no sólo las situaciones fácticas, sino también aquellas jurídicas que implican en caso sometido a su análisis – precisamente para evitar violar el principio constitucional de la igualdad en la aplicación de la ley, que ocurre cuando dicha igualdad no está representada en las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, sea vertical u horizontalmente.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Constitucional Español • Decisiones • Igualdad.

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: “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” (ESPANHA, 1978).

Ao proferir a Sentença do Tribunal Constitucional – STC 49/1982, esse órgão se posicionou sobre dois aspectos primordiais em relação à justiça constitucional: interpretação judicial do Direito e igualdade formal (ESPANHA, 1982).

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 (ESPANHA, 1991).

No que concerne à *igualdad ante la ley*¹, prevista no artigo 14 da Constituição Espanhola, o Tribunal Espanhol reconheceu que existe um direito subjetivo dos cidadãos espanhóis de serem tratados de forma igual e, ao mesmo tempo, a norma 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 (ESPANHA, 1982).

A igualdade a que se refere o artigo 14 comporta, portanto, que a fatos iguais devem ser atribuídas consequências jurídicas iguais e que, para que as diferenças

1 Igualdade perante a lei (tradução nossa).

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 que a igualdade na aplicação da lei impõe a impossibilidade de um mesmo órgão modificar arbitrariamente o sentido de suas decisões em casos substancialmente iguais e, quando o fizer – 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 com a independência dos órgãos jurisdicionais, no sentido de que estes órgãos superiores uniformizem a aplicação da lei através da sua jurisprudência (ESPANHA, 1984a).

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 às 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 distanciada, de forma arbitrária ou seletiva, da sentença pertencente a uma linha jurisprudencial consolidada (ESPANHA, 1993b). 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 supuestos² (ESPANHA, 1988a)³.

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

2 “Como este Tribunal reiterou, o princípio da igualdade na aplicação judicial da Lei é que o mesmo órgão não modifica arbitrariamente ou inadvertidamente suas resoluções em casos substancialmente iguais, e deve justificar sua atitude se pretende afastar-se da resolução em casos alegados” (tradução nossa).

3 Ver também STC 90/1993, STC 48/1987, STC 108/1988.

que melhor se compatibilizam a uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico (ESPANHA, 1993a).

E, seguindo essa mesma tendência contrária à força vinculante das decisões, a STC 125/1986 traduz que o direito à igualdade perante a lei não apresenta, ao que se refere ao âmbito de aplicação da mesma, um caráter absoluto e necessita de uma série 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, quando se tratar de órgãos jurisdicionais diferentes, a igualdade na aplicação da lei exige obediência 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 (ESPANHA, 1986).

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 à 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.

2 Da eficácia vertical na jurisprudência constitucional espanhola

A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional nº 2/1979 é expressa ao definir, nos artigos 87.1 e 87.2, que todos os poderes públicos estão obrigados ao cumprimento das decisões ditadas pelo Tribunal, devendo, ainda, os juízes e tribunais prestarem ao Tribunal Constitucional, com caráter preferencial e urgente, o auxílio jurisdicional por este solicitado (ESPANHA, 1979).

O entendimento da doutrina espanhola é que tal vinculação não se restringe apenas à parte dispositiva da sentença constitucional, mas também à *ratio decidendi*,

vinculando-se os juízes e Tribunais, também aos fundamentos desenvolvidos pela Corte Constitucional para justificar a decisão proferida (SÁNCHEZ, 2000, p. 105).

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 para 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:

1) As decisões pela procedência da inconstitucionalidade normativa sempre terão valor de coisa julgada, sendo atribuído o efeito vinculante à decisão ditada pelo Tribunal Constitucional;

2) Quando uma norma for declarada constitucional em um recurso de inconstitucionalidade, poderá 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 à *ratio decidendi* nem mesmo à decisão;

3) 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 quanto a doutrina majoritária como exposta anteriormente se posicionam no sentido de admitir que o Juiz ou Tribunal manter-se-ão vinculados à decisão proferida por aquele órgão de jurisdição constitucional, desde o momento em que tiverem conhecimento

da sentença constitucional, assim como as partes, desde o momento em que forem notificadas a respeito da sentença (ESPANHA, 1979, art. 38.3).

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, que caracterizou uma importante interpretação da jurisdição constitucional no sentido de admitir que a vinculação aos precedentes não possa inibir a elaboração de novas interpretações normativas 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 se*, uma violação ao princípio da igualdade, posto que o Judiciário não está obrigado a se manter vinculado *ad eternum* aos seus precedentes e, com ainda mais razão, não está obrigado a se manter vinculado àqueles precedentes que incorreram em uma incorreta ou injusta aplicação normativa. Assim, nem sempre a mudança de critério vai caracterizar arbitrariedade ou violação à igualdade na aplicação da lei.

E, ainda, foi pontuado nessa mesma decisão que a existência de uma linha jurisprudencial não implica a adoção desta 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 nº 2/1979, 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 (ESPANHA, 1979). Na Espanha, o Tribunal Constitucional proferiu sentenças interpretativas pela improcedência da inconstitucionalidade normativa a partir da decisão STC 5/1981, 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 (ESPANHA, 1981).

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.

O Tribunal Constitucional Espanhol, na Sentença nº 201, de 27 de outubro de 2009 (ESPANHA, 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 (ESPANHA, 1995), com a redação dada pelo artigo 38 da Lei Orgânica nº 1/2004 (ESPANHA, 2004). Tal artigo, referente às medidas de proteção integral contra a violência de gênero, define que quem ameace de modo leve sua esposa, ou qualquer 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. Em todo caso, terá privação de direito a 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 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 consequente afetação ao direito à liberdade pessoal, e de legalidade penal. Da mesma forma, violaria o 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 (ESPANHA, 1978).

A diferença normativa é sustentada pelo legislador no seu afã de sancionar mais 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 consequências desproporcionais das situações diferenciadas, em razão da finalidade perseguida por tal diferenciação.

Sob este prisma, o preceito questionado responde a uma finalidade legítima: prevenir que as agressões entre casais se produzam como manifestação do domínio do homem sobre a mulher, protegendo-a onde o legislador entende que seus valores básicos como a vida, integridade física e saúde e, ainda, sua liberdade e dignidade estão insuficientemente protegidos. Por isso, cabe considerar que essa inserção supõe uma maior ofensividade 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 à mulher no âmbito da relação acrescenta um efeito intimidatório à 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 identificam, frente à 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 a qual 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 senão 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” (ESPANHA, 2009a)⁴.

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 com o 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 à Espanha, 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 as quais 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 6/2007, de 24 de maio, que alterou a Lei Orgânica 2/1979, de 3 de outubro, do Tribunal Constitucional, dando nova redação aos seus artigos 16.1 e 16.3 (ESPANHA, 2007; 1979).

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 (ESPANHA, 2007).

As considerações se pautaram nas alegações segundo as quais, em primeiro lugar, a reforma da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional não pode ser utilizada

4 Nesse mesmo sentido, foram proferidas 18 Sentenças Constitucionais apenas no ano de 2009.

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 o Senado deve se ajustar, que não pode se considerar 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 à reserva da lei orgânica (ESPANHA, 1981; 1983; 1987; 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 da 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 essa faculdade possa ser limitada ou condicionada pelas propostas dos Parlamentos autonômicos (ESPANHA, 2007).

O Tribunal Constitucional, julgando esse recurso na STC 49, de 9 de abril de 2008 (ESPANHA, 2008a), considerou alguns fundamentos jurídicos para que, então, fosse proferida a sua decisão; e o primeiro passo dado foi o de delimitar o objeto da impugnação, isto é, o novo parágrafo segundo do artigo 16.1 da LOTC (ESPANHA, 2007).

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 se perder de vista, como questão de princípio, que o legislador não deve se limitar a executar a Constituição, exatamente porque está constitucionalmente legitimado para tomar todas aquelas medidas que,

num marco caracterizado pelo pluralismo político, não vulnerarem 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 de o 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. 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 arbitrarias e carentes de qualquer justificação jurídica” (ESPANHA, 1978); 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 analisar a vulneração ao artigo 159.1 da 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 (ESPANHA, 1978).

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 elas.

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 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, à 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 os quais permitem o adequado exercício, por parte da Câmara, de sua função constitucional, nem que o Tribunal Constitucional não possa controlar que a efetiva participação autônômica 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 a intervenção das Assembleias das Comunidades Autônomas na eleição dos Magistrados do Tribunal Constitucional mediante a apresentação de 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 ser interpretada como uma proibição constitucional implícita a que os Parlamentos Autônomicos intervenham nesta eleição apresentando candidatos.

Da interpretação conjunta dos artigos 69 e 159.1, ambos da Constituição Espanhola, pode-se extrair o princípio de participação autônômica na composição do Tribunal suscetível de ser desenvolvido de diversos modos (ESPANHA, 1978).

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 se pode perseguir legitimamente no sistema constitucional espanhol.

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 Cámara⁵. (ESPAÑA, 1978).

De todo o exposto, cabe deduzir, entre outros aspectos, que o teor literal do artigo 16.1 da 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 (ESPAÑA, 2007).

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 as relações sociais, visando ao alcance da justiça através da aplicação do Direito; e a

5 "Artigo 69. 1. O Senado é a Câmara de representação territorial.

2. Em cada província quatro Senadores serão eleitos por sufrágio universal, livre, igual, direto e secreto pelos eleitores de cada um deles, nos termos indicados por uma Lei Orgânica.

3. Nas províncias insulares, cada ilha ou agrupamento com um Cabildo ou Conselho insular deve ser um círculo com a finalidade de senadores elege, correspondendo três para cada uma das principais ilhas – Gran Canaria, Mallorca e Tenerife – e um cada uma das seguintes ilhas ou grupos: Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote e La Palma.

4. As populações de Ceuta e Melilla escolherão cada um dois senadores.

5. As Comunidades Autônomas designarão também um senador e outro para cada milhão de habitantes do respectivo território. A nomeação será para a legislatura ou, na sua falta, o órgão colegiado superior da Comunidade Autônoma de acordo com as disposições dos Estatutos, que garantam, em qualquer caso, a representação proporcional adequada.

6. O Senado é eleito por quatro anos. O mandato dos senadores termina quatro anos após a eleição ou o dia da dissolução da Câmara" (tradução nossa).

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 à 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 diante de uma ofensa a um sistema que se erigiu com base nos princípios democráticos, em especial quanto à igualdade na aplicação da lei.

3 Da eficácia horizontal na jurisprudência constitucional espanhola

No que tange ao precedente horizontal, a força vinculante do autopercedente na jurisdição ordinária foi claramente analisada na STC 63/1984, a qual dispõe que o princípio da interdição da arbitrariedade dos poderes públicos quando se trata da aplicação da lei por um mesmo órgão judicial, obriga que as soluções oferecidas aos casos individualizados obedeçam a um critério geral de interpretação e aplicação da legalidade (ESPANHA, 1984b).

Não existe um mandamento de igualdade absoluta que obrigue em todo caso ao tratamento igual dos supostos iguais, pois isso seria contrário à própria dinâmica jurídica que se manifesta não apenas em uma modificação normativa, como também em uma razoável evolução na interpretação e aplicação da legalidade concretizada em uma mudança de critério que legitima as diferenças de tratamento.

É preciso compatibilizar o princípio da igualdade com o da autonomia dos órgãos judiciais no exercício de sua exclusiva competência para julgar e executar o julgado. Não compete ao Tribunal Constitucional analisar a suficiência das razões jurídicas motivadoras da mudança de critério judicial, pois, além de versar sobre a própria legalidade, careceria de sentido um ajuizamento que respeitasse os elementos de Direito condizentes com a nova interpretação, sob pena de haver um predomínio dos precedentes que não se compatibilizam com o nosso sistema jurídico.

O princípio da igualdade na aplicação da lei impõe a proibição de diferenças de tratamento arbitrárias não justificadas por uma mudança de critério que possa ser reconhecida como tal. Geralmente, tais justificativas são expressas por uma referência ao critério anterior e pelas razões que motivaram o afastamento dos precedentes e a estruturação de uma nova resposta ao problema suscitado. A desigualdade estaria justificada quando patente que a diferença de tratamento tem seu fundamento em uma efetiva mudança de critério, por desprender-se da própria decisão judicial ou por existirem outros elementos de juízo externo que assim o indiquem, em concreto, posteriores pronunciamentos coincidentes com a linha aberta pela decisão impugnada.

Quando os Tribunais começam a interpretar e aplicar uma nova norma não é realista exigir que todos os pronunciamentos sejam idênticos ou que cada um deles tenha de ser estimado como um precedente obrigatório, posto que as diferenças que podem existir inicialmente formam parte de um razoável processo de ajuste interpretativo e não vulneração ao direito à igualdade.

A partir da decisão STC 150/2001, ditada sob o fundamento do artigo 24 da Constituição Espanhola, que regulamenta o direito à tutela judicial, foi distinguida a violação ao princípio da igualdade formal da existência de discrepância entre sentenças relacionadas ao mesmo caso ditadas em momentos distintos. Nesta situação específica, o Tribunal entendeu não ter havido ofensa ao princípio da igualdade justamente por inexistir “um prévio critério aplicativo consolidado rompido no caso concreto” (ESPANHA, 2001).

Isto porque o mesmo Tribunal Constitucional em decisão proferida na STC 160/1993 acima esboçada, ao se posicionar sobre a admissibilidade da força vinculante ao precedente, entendeu que a violação ao princípio da igualdade perante a lei se caracteriza desde que identificados três requisitos: 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.

Ainda no que concerne a vinculação ao auto precedente na jurisdição ordinária, deve-se ressaltar a STC 144/1988, cuja importância na jurisdição constitucional se deu, por intermédio dela, em razão de o Tribunal Constitucional ter admitido que a igualdade na aplicação da lei é ofensa à igualdade formal, a qual exige o cumprimento da igualdade em todos os casos, em razão das condições pessoais das partes, tratando-as com maior ou menor rigor, adotando critérios subjetivos ou pessoais (ESPAÑA, 1988b).

O problema suscitado pela divergência apenas pode ser trazido perante o Tribunal Constitucional quando quem se sente vítima de uma aplicação discriminatória da lei possa oferecer razões para justificar que a divergência interpretativa é simplesmente a cobertura formal de uma decisão, cujo sentido diverso ao de outras decisões judiciais se deve realmente ao fato de terem sido tomadas em consideração circunstâncias pessoais ou sociais das partes, inclusive, simplesmente, sua própria identidade, que não deveriam sê-lo. Seguindo essa mesma doutrina, a STC 71/1998:

Como recientemente se expone en la STC 96/1997, la función de este Tribunal Constitucional en tutela del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, y desde el momento en que «ninguna de las interpretaciones divergentes resulte contraria a la Constitución, el problema que la divergencia plantea sólo puede ser traído ante nosotros cuando quien se siente víctima de una aplicación discriminatoria de la Ley pueda ofrecer razones que le autoricen a pensar que dicha divergencia interpretativa es simplemente la cobertura formal de una decisión, cuyo sentido diverso al de otras decisiones anteriores, y eventualmente posteriores, se debe realmente al hecho de que se han tomado en consideración circunstancias personales o sociales de las partes, incluso simplemente su propia identidad, que no debieron serlo⁶ (en sentido análogo, SSTC 108/1988, 253/1988, 103/1990, 46/1996 y 104/1996). (ESPAÑA, 1998).

6 “Como declarado recentemente na STC 96/1997, o papel deste Tribunal Constitucional na tutela do direito à igualdade na aplicação da Lei, e a partir do momento em que ‘nenhuma das interpretações divergentes é contrária à Constituição’, o problema que a divergência suscita só pode ser trazido diante de nós quando a vítima de uma aplicação discriminatória da Lei pode oferecer razões que o autorizem a pensar que essa divergência interpretativa é simplesmente a cobertura formal de uma decisão cujo significado é diferente do de outra. Decisões anteriores e, eventualmente, mais tarde, devem-se ao facto de terem sido tomadas em consideração as circunstâncias pessoais ou sociais das partes, incluindo simplesmente a sua própria identidade, o que não deveria ter acontecido” (tradução nossa).

Assim, no que concerne à eficácia horizontal das sentenças constitucionais, admite-se a aplicação do princípio da reversibilidade dos precedentes, segundo o qual o Tribunal Constitucional deve adequar as suas decisões às inovações contextuais surgidas nos mais variados aspectos – sociais, políticos, econômicos, culturais – e, nesse sentido, ao reinterpretar uma norma já anteriormente declarada legítima constitucionalmente, diante de novos fundamentos fáticos que justificaram uma reanálise jurídico-normativa, entendê-la inconstitucional sob estes novos primas e, assim, declarar a sua nulidade, retirando-a do sistema.

Observemos que a eficácia horizontal das decisões constitucionais implica a mais legítima forma de adequação ao princípio da igualdade na aplicação da lei, exatamente por vincular, em momentos futuros, o órgão responsável pela decisão adotada, senão vejamos.

Em 24 de julho do ano de 2008, o pleno do Tribunal Constitucional proferiu a Sentença nº 101 (ESPANHA, 2008b), tendo como fundamento um escrito registrado no dia 10 de janeiro de 2008 por Doña María Rosa Vindel López, atuando em conformidade com o disposto no artigo 82 LOTC (ESPANHA, 2007), representando outros 51 (cinquenta e um) senadores do Grupo Parlamentar Popular do Senado, a partir do qual foi promovido um recurso de inconstitucionalidade contra o artigo 184.7 do Regulamento do Senado (ESPANHA, 1994), introduzido pelo artigo único da reforma do referido Regulamento, aprovada em 21 de novembro de 2007, publicada no *Boletim Oficial das Cortes Gerais* em 22 de novembro e no *Boletim Oficial do Estado* em 27 de novembro de 2007.

Os recorrentes destacaram as conexões existentes entre este recurso e o interposto contra o artigo 16.1 da LOTC, com a redação dada pela Lei Orgânica nº 6/2007, de 24 de maio, anteriormente analisada, assinalando que a reforma agora questionada é consequência da vontade de aplicar, por parte da maioria do Senado, o disposto na Lei Orgânica nº 6/2007 que, dentre outros objetivos, possibilitava que a eleição dos Magistrados do Tribunal Constitucional fosse condicionada, de modo absoluto, às Assembleias Legislativas das Comunidades Autônomas, cuja competência era a de propor o nome dos candidatos a serem eleitos pelo Senado. Os recorrentes ainda acrescentaram que tal procedimento foi iniciado por discordarem das mudanças provocadas na LOTC, mantendo neste recurso uma identidade de argumentos jurídicos com aqueles interpostos em relação à referida Lei Orgânica (ESPANHA, 2007).

Sempre de acordo com os recorrentes, a reforma impugnada confirmou, completou e agravou a inconstitucionalidade denunciada no recurso contra a reforma da LOTC, de forma que ela vulnera claramente o artigo 159.1 da Constituição Espanhola, ao privar o Senado de uma competência constitucionalmente expressa que se traduziria na sua faculdade de eleger livre e diretamente quatro Magistrados do Tribunal Constitucional, sem que esta faculdade possa ser transferida a outras instituições (ESPANHA, 1978).

A isso corresponderia uma vulneração da reserva específica da lei orgânica contida no artigo 165, CE, pois a norma destinada a regular o funcionamento do Tribunal Constitucional estaria regulando o comportamento do Senado, excedendo os limites impostos pela Constituição e subtraindo de um órgão uma faculdade que lhe corresponde.

O preceito recorrido, artigo 184.7 do Regulamento do Senado (ESPANHA, 1994), dispõe que a eleição pelo Senado de quatro Magistrados do Tribunal Constitucional, cuja nomeação deve ser proposta ao Rei, segundo o previsto no artigo 159 da Constituição, seguirá o procedimento previsto neste Capítulo com as seguintes especialidades:

a) O Presidente do Senado comunicará aos Presidentes das Assembleias Legislativas das Comunidades Autônomas a abertura do prazo para a apresentação das candidaturas. Cada Assembleia Legislativa poderá, nesse prazo, apresentar até dois candidatos, resultando aplicável o disposto nas partes 3 e 4 desse artigo;

b) A Comissão de Nomeação encaminhará ao Pleno da Câmara uma proposta com os candidatos ao cargo, os quais deverão ter comparecido previamente na Comissão. Se não tiverem sido apresentadas candidaturas suficientes no prazo determinado, a proposta remetida ao Pleno poderá incluir outros candidatos.

Os recorrentes destacaram que a reforma regulamentar impugnada adotada pelo Senado em relação ao disposto no artigo 16.1 da LOTC, confirmaria o desapoderamento desta Casa Legislativa em relação à faculdade de eleger quatro Magistrados do Tribunal Constitucional. Neste sentido, argumentam que o preceito regulamentar impugnado impede tanto que os Senadores formulem suas próprias propostas, como que a própria Câmara decida livremente sobre a aceitação ou rejeição daquelas apresentadas, pois o Senado foi privado da faculdade de estimar que os candidatos propostos não reuniam os requisitos exigidos, circunstância a qual poderia conduzir ao bloqueio da própria função constitucional da Câmara, sob pena de dever nomear obrigatoriamente candidatos que possam não reunir os requisitos exigidos, o que seria inconstitucional.

Como fundamentos jurídicos utilizados para analisar o recurso de inconstitucionalidade interposto, os juízes constitucionais pontuaram que o preceito regulamentar impõe, em primeiro lugar, ao Presidente do Senado a obrigação de comunicar aos Presidentes das Assembleias Legislativas das Comunidades Autônomas a abertura do prazo para a apresentação de candidaturas o que, por sua vez, permitirá, neste prazo, cada Assembleia apresentar até dois candidatos. Nesse sentido, a apresentação de candidatos a magistrados se formula como uma possibilidade ou faculdade conferida às Câmaras Autônomas. Quanto a este aspecto, a previsão procedimental não deve ser reprovada, pois tem como finalidade fazer possível – no sentido do disposto no artigo 16.1 da LOTC – a intervenção dos Parlamentos autônomos na eleição dos Magistrados do Tribunal Constitucional que correspondem ao Senado, naquela que poderíamos considerar somente como a primeira fase da mencionada eleição.

Por último, resta evidente que o cumprimento dos requisitos para poder ser candidato a Magistrado do Tribunal Constitucional nesta primeira fase, relativa à proposta destes, não garantiria a eleição na segunda e definitiva fase, correspondente exclusivamente ao Senado, que dependerá, evidentemente, da decisão adotada pelo Pleno da Câmara Alta mediante o voto secreto e individual de seus membros.

Para responder a essas questões, os membros do Tribunal Constitucional se valeram de uma doutrina reiterada deste órgão de justiça constitucional com base na qual, em um processo abstrato como resulta ser o recurso de inconstitucionalidade, é necessário apurar todas as possibilidades de interpretar os preceitos em conformidade com a Constituição e declarar ilegítimas apenas aquelas cuja incompatibilidade com a norma fundamental resulte inquestionável. Neste caso, esta operação interpretativa – que tem respaldo no princípio da conservação da norma, atendendo à presunção de constitucionalidade da qual goza, por ser proveniente de um legislador democrático – é possível de ser elaborada, pois não estamos diante de um conflito evidente e irreversível entre o preceito regulamentar impugnado e as normas ou princípios constitucionais que integram o seu parâmetro de controle.

No mérito de todo o exposto, os juízes constitucionais entenderam que o preceito impugnado preservou adequadamente o exercício da função de designação de magistrados constitucionais, constitucionalmente definido aos Senadores, não vulnerando, portanto, preceito da norma suprema do ordenamento jurídico.

O recurso de inconstitucionalidade foi rejeitado, então, para declarar que o artigo 184.7 do Regulamento do Senado, introduzido pelo artigo único da Reforma

do referido Regulamento, aprovada em 21 de novembro de 2007, é conforme a Constituição, desde que interpretado no sentido exposto nos fundamentos jurídicos aqui apresentados.

O Tribunal Constitucional entendeu que 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 4 (quatro) dos 12 (doze) Magistrados não pode ser interpretada como uma proibição constitucional implícita a que os Parlamentos Autonômicos intervenham nesta eleição mediante a apresentação de candidatos, mas, ao contrário, que a participação das Comunidades Autônomas nesta eleição constitui uma finalidade a qual pode ser perseguida legitimamente no sistema constitucional espanhol.

A interpretação adotada pela Corte Constitucional se firmou, portanto, no sentido de admitir que é competência dos senadores que compõem a Câmara escolherem, a partir de uma deliberação e votação por meio das quais a vontade coletiva expressar-se-á através da plena liberdade de eleger, mediante uma votação secreta, na qual os candidatos deverão obter uma maioria qualificada exigida constitucionalmente, dentre os juristas que reúnam as condições estabelecidas pela norma fundamental, aqueles que estimem adequados para o exercício da função de juiz constitucional, mesmo que não tenham sido apresentados pelas Assembleias Legislativas das Comunidades Autônomas.

Primeiro, em relação à eficácia horizontal, torna-se evidente que para a Corte Constitucional respeitar a igualdade na aplicação da lei deverá manter o mesmo entendimento, segundo o qual a participação dos parlamentos autonômicos no processo de indicação dos candidatos a magistrados constitucionais não vulnera a competência constitucional do Senado ou, ainda que venha a modificá-lo, seria necessário que alguns requisitos fossem observados, justamente para que não restasse caracterizada a violação ao princípio da igualdade.

Esses requisitos poderiam ser pontuados da seguinte maneira: sob um aspecto subjetivo, a mudança de entendimento poderia ser provocada pela alteração na composição majoritária do órgão, de modo que os novos integrantes invocassem fundamentos novos, objetivos e razoáveis, que justificassem um novo interpretar do caso em questão; sob um aspecto objetivo- normativo, poderia ser invocada uma nova interpretação da norma aplicada ao caso analisado, de modo que a

tornasse incompatível à Constituição Federal, devendo, portanto, ser declarada inconstitucional; e, sob um aspecto temporal, a mudança da realidade social, política e econômica poderia subsidiar a modificação da interpretação da Corte Constitucional sem que isso implicasse ofensa ao Estado Democrático de Direito.

Podemos constatar claramente, então, que o sistema constitucional tornar-se-á falho, omissivo, inócuo e mesmo contraditório, seja quando a Corte Constitucional altere, sem uma justificativa razoável, um precedente anteriormente adotado, contrariando, assim, a legitimidade da eficácia horizontal, como também, em ofensa à legitimidade da eficácia vertical das decisões constitucionais, quando as instâncias do Judiciário não aplicarem as decisões proferidas pela Corte Constitucional, realizando, ao seu turno, um novo juízo acerca da constitucionalidade da norma posta em evidência num processo constitucional.

4 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 a aplicação de outra norma 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, que, na Espanha frisa-se, constantemente, a liberdade interpretativa do poder judiciário está limitada a um parâmetro que não ofenda a atuação e a competência do Tribunal Constitucional, como já defendido anteriormente.

Diante da eficácia horizontal das decisões constitucionais, é importante deixar evidente que a igualdade na aplicação da lei não pode implicar na impossibilidade de serem modificadas as decisões constitucionais, principalmente, por duas razões.

Primeiro, e quiçá a mais importantes das razões, porque o direito é uma ciência social e, como tal, não estanque, que ganha vivacidade sempre que as normas através das quais se expressa para a sociedade são interpretadas em termos compatíveis à Constituição.

No que tange à exigência de motivação ao ser adotado um novo critério, os precedentes não apenas podem, como precisam ser alterados, modificados, para se ajustarem às novas condutas humanas e peculiaridades sociais – é a chamada reversibilidade dos precedentes – não sendo a interpretação distinta considerada como o fator que gera a desigualdade, a qual surge quando são criadas decisões *intuitu personae*, que adotam critério considerando aspectos pessoais e não gerais.

No sistema espanhol de constitucionalidade, a violação ao princípio da igualdade na aplicação da lei, sob a ótica da eficácia horizontal, caracteriza-se sempre que o mesmo órgão solucionar casos similares de forma contraditória, sem qualquer motivação, não arbitrária, construída em termos generalizados e que não justifiquem a mudança do critério de julgamento.

5 Referências

BLASCO SOTO, Maria Del Carmen. **La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995.

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

CERRI, Augusto. **Eguaglianza giuridica ed egualitarismo**. Roma: L. U Japadre Editore, 1984.

_____. **L'eguaglianza**. Roma: Editori Laterza, 2005.

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

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

COUSO, Susana García. **El juicio de relevancia 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.

DOMÍNGUEZ, Francisco Caamaño e outros. **Jurisdicción y Procesos Constitucionales**. 2. Ed. Madri: McGrawHill, 2000.

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.

ESPAÑA. Senado de España. Texto Reformulado do Regulamento do Senado. **Boletín Oficial de las Cortes Generales**. Madrid, 1994. Disponível em: <<http://www.senado.es/legis5/publicaciones/pdf/senado/bocg/10119.PDF>>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. Código Penal. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 1995. Disponível em: <http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 1978. Disponível em: <http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=151_Constitucion_Espanola&modo=1>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. Lei Orgânica 2/1979, de 5 de octubre. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 1979. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOTC-pt.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. Lei Orgânica 1/2004, de 13 de diciembre. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 2005. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/de/Resolucion/Show/6945>>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. Lei Orgânica 6/2007, de 24 de mayo. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/LOTC-20070524.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. STC 5/1981, de 13 de febrero. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 1981. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/5>>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. STC 49/1982, de 14 de julio. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 1982. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/91>>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. STC 76/1983, de 5 de agosto. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 1983. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/eu/Resolucion/Show/204>>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. STC 39/1984, de 20 de marzo. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 1984a. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/de-DE/Resolucion/Show/292>>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. STC 63/1984b, de 21 de mayo. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 1984b. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/it/Resolucion/Show/316>>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. STC 125/1986, de 22 de octubre. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 1986. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/de/Resolucion/Show/688>>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. STC 169/1987, de 29 de octubre. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 1987. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/901>>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. STC 73/1988, de 21 de abril. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 1988a. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/pl/Resolucion/Show/1014>>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. STC 144/1988, de 12 de julio. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 1988b. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1085>>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. STC 134/1991, de 17 de junio. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 1991. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1773>>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. STC 160/1993, de 17 de mayo. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 1993a. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/de/Resolucion/Show/2289>>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. STC 246/1993, de 19 de julio. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 1993b. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/2375>>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. STC 71/1998, de 30 de marzo. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 1998. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3573>> Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. STC 150/2001, de 2 de julio. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 2001. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/it/Resolucion/Show/4446>>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. STC 124/2003, de 19 de junio. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 2003. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4899>>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. STC 49/2008, de 9 de abril. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 2008a. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/it/Resolucion/Show/6281>>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. STC 101/2008, de 24 de julio. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 2008b. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6333>>. Acesso em: 21 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. STC 45/2009, de 19 de febrero. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 2009a. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2009-4366.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2018.

_____. Tribunal Constitucional de España. STC 201/2009, de 21 de julio. **Boletín Oficial del Estado**. Madrid, 2009o. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/6620>>. Acesso em: 22 maio 2018.

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

GUERRA, Luis López. La fuerza vinculante de la jurisprudencia. **Actualidad Aranzadi**, Ano X, nº 442. Madri: Editorail Aranzadi, 2000. p. 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 et al. **La jurisdicción Constitucional en España**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

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

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

MONTORO, Angel J. Gómez. **El conflicto entre órganos 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.

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**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

SOSA, Edgar Corzo. **La cuestión de inconstitucionalidad**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1998.

TREMPS, Pablo Pérez. El Tribunal Constitucional II. In: **Derecho Constitucional**. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado. Volumen II. 3. 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.