



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Juliana Rodrigues Freitas

**A EFICÁCIA DAS DECISÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE NOS SISTEMAS ITALIANO E ESPANHOL**

Belém

2010



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Juliana Rodrigues Freitas

**A EFICÁCIA DAS DECISÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE NOS SISTEMAS ITALIANO E ESPANHOL**

Tese de Doutorado apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Antonio Gomes Moreira Maués

Belém

2010

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Central da UFPA, Belém, Pa – Brasil

Freitas, Juliana Rodrigues

A eficácia das decisões de controle concentrado de constitucionalidade nos sistemas italiano e espanhol / Juliana Rodrigues Freitas; orientador, Antonio Gomes Moreira Maués.— 2010.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2010.

1. Leis– Constitucionalidade – Itália. 2. Leis– Constitucionalidade – Espanha. 3. Direito Constitucional– Itália. 4. Direito Constitucional– Espanha. I. Título.

CDD: 341.2



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Juliana Rodrigues Freitas

**A EFICÁCIA DAS DECISÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE NOS SISTEMAS ITALIANO E ESPANHOL**

Tese de Doutorado apresentada para obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. Antonio Gomes Moreira Maués
Orientador/UFPA

Prof. Dr. Luiz Alberto David Araújo
Membro/ PUC-SP

Prof. Dr. Fernando Facury Scaff
Membro/USP-UFPA

Prof. Dra. Cristina Oliveira
Membro/UFPA

Prof. Dra. Patrícia Blagitz Cichovisky
Membro/CESUPA-UNAMA

Ao João Matheus, meu filho, que me ensinou o
significado da palavra amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me conduzido e ter me dado perseverança para a conclusão dessa monografia.

Agradeço a minha família, por todo o apoio a mim dedicado. E, em especial, à minha mãe, porque sem o seu incentivo e sua colaboração jamais teria conseguido finalizar essa tese.

Agradeço ao Inocêncio, pela compreensão e companheirismo.

Agradeço ao meu Orientador, Prof. Antonio Maués, pela paciência e insistência.

Agradeço ao CESUPA, instituição na qual desenvolvo as minhas atividades acadêmicas, pela espera na conclusão deste Doutorado.

Agradeço ao Sandro Alex Simões, pelo apoio incondicional.

Agradeço a todos aqueles que confiaram e acreditaram na conclusão deste trabalho.

RESUMO

Os sistemas de controle concentrado de constitucionalidade italiano e espanhol têm características que os distanciam do modelo puro kelseniano e, ao mesmo tempo, permitem que se identifiquem com o modelo norte-americano de constitucionalidade de normas. A atribuição de eficácia vinculante nos planos horizontal e vertical às decisões constitucionais, ainda que não seja um elemento que identifique, de forma imediata, a jurisdição constitucional desses países europeus é, sem dúvida, um dos seus elementos caracterizadores, fazendo surgir, nesse contexto, a figura do precedente vinculante. Para que esses precedentes respeitem o princípio da igualdade na aplicação da lei torna-se imprescindível a definição de critérios objetivos e razoáveis para que as Cortes Constitucionais atribuam às suas decisões o efeito vinculante.

Palavras-Chave: Controle Concentrado de Constitucionalidade Italiano. Controle Concentrado de Constitucionalidade Espanhol. Decisões Constitucionais. Princípio da Igualdade na aplicação da lei. Eficácia. Precedente Vinculante.

ABSTRACT

The Italian's and Spanish's systems of concentrated control of constitutionality have features that distance them from the pure kelsen's model and, at the same time, allow us to identify them with the North American's model of constitutionality control. The assignment of binding effect, in horizontal and vertical planes, to the constitutional decisions, even if it is not an element used to identify, so immediately, the constitutional jurisdiction of the European countries, is, undoubtedly, one of its characteristic elements, and gives rise, in this context, to the figure of the previous binding. So for these precedents may be adopted in regard to the principle of equality in law enforcement, it is essential that requirements are defined in a reasonable and objective way, due to the Constitutional Courts gives effect binding to its decisions.

Key-Words: Concentrate Control of Constitutionality Italian. Concentrate Control of Constitutionality Spanish. Constitutional decisions. Principle of Equality in law enforcement. Effectiveness. Binding precedent.

RIASSUNTO

I sistemi di controllo accentrato di costituzionalità italiano e spagnolo hanno delle caratteristiche che li allontanano dal modello puro kelseniano, ed allo stesso tempo, ci permettono di identificarli con il modello nordamericano di costituzionalità delle norme. L'assegnazione della efficacia vincolante, in piani orizzontale e verticale, alle decisioni costituzionali, contuttoché non sia ancora un'elemento che li identifichi di forma immediata, è, senza dubbio, uno delle sue caratteristiche, facendo sorgere la figura del precedente vincolante. Ed, affinché, questi precedenti rispettano all'eguaglianza davanti alla legge, è imprescindibile che siano definiti i criteri obiettivi e ragionevoli perché le Corti Costituzionali attribuiscono alle sue decisioni l'effetto vincolante.

Parole Chiavi: Controllo Accentrato di Costituzionalità Italiano. Controllo Accentrato di Costituzionalità Spagnolo. Decioni Costituzionali. Principio dell'eguaglianza davanti alla legge. Efficacia. Precedente Vincolante.

LISTA DAS EXPRESSÕES LATINAS

Ad personam	– Em razão da pessoa
A quo	– Do qual. Juiz ou tribunal de instância inferior de onde provém o processo; dia ou termo inicial de um prazo. Ponto de partida
Ad eternum	– Para sempre, eternamente
Civil Law	– Direito com tradição civilista, baseado nas leis
Common Law	– Direito comum, baseado na jurisprudência e costumes.
Conditio sine qua non	– Condição imprescindível; sem a qual não
Contrario sensu	– No sentido contrário
De per se	– Por si só
Decisum	– Decisão judicial
Erga omnes	– Contra todos, eficácia geral
Ex nunc	– Efeito não retroativo, desde agora. Nulidade de ato ex nunc, cujos efeitos decorrem a partir da declaração de nulidade
Ex tunc	– Efeito retroativo, desde o início. Nulidade de ato ex tunc, cujos efeitos decorrem a partir da criação do ato que gerou a nulidade
Inter partes	– Eficácia restrita às partes litigantes
Interna Corporis	– Interno. No âmbito do próprio órgão
In limine Litis	– No começo da lide
Ipsis Literis	– Literalmente, exatamente igual com as mesmas letras
Jus superveniens	– Direito superveniente
Pari passu	– Concomitantemente
Pro futuro	– Para o futuro
Pro praeterito	– Para o passado
Quorum	– Número mínimo para funcionamento de um órgão colegiado ou para uma votação
Ratio Decidendi	– Razão da decisão; são os fundamentos da sentença
Ratio legis	– Razão da lei
Referendum	– Referendo

Status	– Posição
Sub judice	– Sob julgamento
Tertium comparationis	– Termo de comparação
Thema decidendum	– Tema a decidir
Tribunal ad hoc	– investido para um fim especial

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS.....	20
1.1 Controle Concentrado de Constitucionalidade Adotado na Itália e Espanha: um distanciamento do modelo puro kelseniano.....	267
1.2 A Eficácia Vertical e Horizontal das Decisões Constitucionais. O Problema do Precedente Vinculante e o Princípio da Igualdade na Aplicação da Lei	289
2 SISTEMA DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE ITALIANO: UMA ANÁLISE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	423
2.1 Organização	46
2.2 Competência.....	51
2.3 Tipos de Decisões Constitucionais e seus Efeitos	55
2.3.1 <i>Decisões Terminativas</i>	56
2.3.2 <i>Decisões Definitivas</i>	62
2.3.3 <i>Decisões Interpretativas</i>	71
2.4 Eficácia Vertical e Horizontal no Sistema de Controle Concentrado Italiano	80
2.4.1 <i>Eficácia Vertical na Jurisprudência Italiana</i>	85
2.4.2 <i>Eficácia Horizontal na Jurisprudência Italiana</i>	104
3 SISTEMA DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE ESPANHOL: UMA ANÁLISE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	106
3.1 Organização	109
3.2 Competência.....	114
3.3 Tipos de Decisões Constitucionais e seus Efeitos	136
3.3.1 <i>Decisões Terminativas</i>	138
3.3.2 <i>Decisões Definitivas</i>	140
3.3.3 <i>Decisões Interpretativas</i>	148
3.4 Eficácia Vertical e Horizontal no Sistema de Controle Concentrado Espanhol....	150
3.4.1 <i>Eficácia Vertical na Jurisprudência Espanhola</i>	156
3.4.2 <i>Eficácia Horizontal na Jurisprudência Espanhola</i>	167
CONCLUSÃO.....	176
REFERÊNCIAS	184

INTRODUÇÃO

O controle concentrado de constitucionalidade de normas não se justifica pela suposta superioridade dos juízes constitucionais em relação àqueles que exercem as demais funções estatais, como os integrantes do Legislativo, por exemplo; mas, sim, por contribuir significativamente para a manutenção da cultura pública constitucional, a partir da discussão dos princípios norteadores das relações instituídas numa sociedade, propiciando um melhor embasamento axiológico para o próprio legislador durante o processo de elaboração das normas (FERRERES COMELLA, 1997).

Na verdade, o questionamento da lei perante a esfera judicial e a possibilidade dela vir a ser declarada inconstitucional, estimulam o legislador a atribuir mais respeito ao valor epistêmico durante o processo democrático de elaboração normativa, e é nesse contexto, que o controle judicial das normas reforça o procedimento democrático. (FERRERES COMELLA, 1997).

O julgamento da constitucionalidade normativa sofre, porém, restrições, e a mais importante de todas essas limitações talvez seja a deferência que o juiz deve fazer às produções normativas, presumindo-as constitucionais e não estabelecendo juízos prévios acerca da sua incompatibilidade à Carta Suprema.

Assim, para que a função jurisdicional constitucional se fundamente na legitimidade democrática é preciso que, durante o processo de interpretação e de aplicação das normas integrantes do ordenamento jurídico, seja sempre preservado o valor da igualdade na aplicação da lei, permitindo que o produto normativo, elaborado a partir de um procedimento democrático do qual fizeram parte os representantes eleitos pelo povo, regule, indistintamente, todos os casos que se assemelham e requerem a sua previsão para a solução de um conflito social. E, ainda, é preciso, que os fundamentos jurídicos aduzidos para a solução dos conflitos tenham como parâmetro a mesma lei regulamentadora das situações fáticas que se identificam.

E para tanto, aparece como *conditio sine qua non* para a garantia da segurança jurídica e obediência à igualdade na aplicação da lei, a determinação da eficácia das decisões constitucionais, seja no sentido vertical – em relação às instâncias do Judiciário no momento em que solucionam os conflitos sociais – seja no sentido horizontal – em relação ao próprio Tribunal Constitucional, no momento em que se posiciona acerca da compatibilidade da norma infraconstitucional aos preceitos da Carta Magna – exatamente para que sejam evitadas

decisões díspares, não fundadas na igualdade, e, portanto, violadoras de um dos direitos fundamentais que estruturam os ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos.

A definição dos países Itália e Espanha para a realização da análise comparativa das eficácias das decisões das Cortes Constitucionais nesses sistemas de controle concentrado de constitucionalidade ganhou maior relevo em razão do Programa Alfa – Programa firmado entre Universidades Européias e Latino-Americanas –, do qual a Universidade Federal do Para fez parte, e em razão do qual, foi realizada uma extensa pesquisa sobre o princípio da igualdade na Universidade di Pisa, Itália, bem como, na Universidade Carlos III de Madri, na Espanha. Assim, analisando as realidades dos sistemas constitucionais desses países, que assim como o Brasil, não adotam o modelo concentrado puro kelseniano, seguem algumas reflexões para melhor compreendermos o controle concentrado adotado no Brasil.

Itália e Espanha não importaram exatamente o modelo puro kelseniano, pois os seus órgãos de jurisdição constitucional não se limitam a declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma. Compete, também, aos Tribunais Constitucionais, atendendo ao objetivo de serem evitadas lacunas no complexo normativo, se pronunciar acerca da adequação de determinadas interpretações legais ao texto da Constituição.

No Brasil, por sua vez, a origem desse sistema remonta ao ano de 1965, com a publicação da Emenda Constitucional 16, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo procurador geral da República (artigo 101, I, *k*, da Constituição Brasileira, 1946).

Sem inovações significativas previstas na Constituição subsequente de 1967 e na sua respectiva Emenda 01/69, foi a partir de 1988 que o controle concentrado de normas assumiu proporções mais significativas, a iniciar pela legitimidade¹ para questionar a inconstitucionalidade de norma perante o Poder Judiciário, antes restrita ao procurador-geral da República, membro do Ministério Público Federal que, nomeado pelo presidente da

¹ Pelo Estatuto político de 1988, conforme o disposto no seu artigo 103, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas dos Estados ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, os governadores dos Estados ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classes de âmbito nacional, tornaram-se legitimados, ao lado do procurador-geral da República, a ajuizar a ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos perante o Supremo Tribunal Federal. O texto inicial do artigo 103, da Constituição Federal de 1988, não incluiu a Câmara Legislativa do Distrito Federal nem o Governador do Distrito Federal como legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, o que aconteceu, apenas, a quando da publicação da Emenda Constitucional No. 45, de 08 de dezembro de 2004.

República, atuava, muitas vezes, de acordo com critérios políticos ao promover a representação de inconstitucionalidade.

A partir da Emenda Constitucional 03/93, passou-se a admitir a produção de eficácia contra todos e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo às decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade; e, a quando da promulgação da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento das ações constitucionais de controle concentrado de normas, tal efeito vinculante foi atribuído às decisões proferidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

A Emenda Constitucional 45/2004 inseriu no ordenamento jurídico brasileiro – artigo 103-A, da CF/88 – a súmula vinculante, com base na qual o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder a sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A súmula terá por objetivo determinar a validade, a interpretação e a eficácia de normas acerca das quais haja controvérsia atual entre os órgãos do Judiciário ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Percebemos a partir dessa breve análise que características antes utilizadas para identificar o sistema de controle constitucional norte americano, com tradição no *common law*, como os precedentes judiciais, são adotadas atualmente também nos sistemas de controle concentrado de constitucionalidade de países cuja tradição é civilista, como o Brasil, que tem

na súmula vinculante, o melhor exemplo para justificar tal afirmação. A figura do *stare decisis* norte-americano vincula, e não apenas orienta os juízes aos princípios derivados dos precedentes, os quais devem ser seguidos necessariamente, a menos que haja distinção entre o fato analisado e aquele que subsidiou a sentença proferida pelo tribunal, e tem como objetivo precípuo promover o alcance da segurança jurídica e a preservação da igualdade na aplicação judicial, ao superar possíveis divergências entre as instâncias jurisdicionais, estabelecendo, assim, critérios comuns a serem observados pelos juízes durante o exercício da função julgadora.

O fato é que, seja através de uma análise em tese ou diante de um caso concreto, o juiz constitucional que atua nos sistemas de controle concentrado deve adotar parâmetros, tanto sob o aspecto normativo como interpretativo, dentro dos quais atuará ao efetivar a prestação da tutela jurisdicional, a fim de torná-la suficiente para garantir o alcance do valor maior do Direito, que é o da efetivação da justiça nas relações sociais, respeitando, sempre, a igualdade na aplicação da lei. A questão é saber quais parâmetros devem ser utilizados para solucionar tais ou quais situações?!

A eficácia da declaração de (in)constitucionalidade de uma norma não alcança somente o legislador, mas, ao contrário, repercute na atuação dos próprios juízes constitucionais e daqueles que integram as diversas instâncias do Judiciário. De modo que, torna-se essencial a definição de critérios que identificam quais as variáveis relevantes para a aproximação ou distanciamento de uma norma em relação a outra anteriormente julgada pelo Tribunal Constitucional, para que, assim, sejam evitadas violações à igualdade na aplicação da lei, um dos princípios norteadores da jurisdição constitucional.

Este trabalho se divide basicamente em três capítulos.

O primeiro capítulo traz três itens. No primeiro, abordamos a origem do controle concentrado de constitucionalidade, tal como preconizado por Hans Kelsen (1920), em que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade se projetam para o futuro ou em outro prazo fixado pela Corte, desde que não ultrapasse um ano dessa ocorrência, operando, ainda, contra todos – *erga omnes*. Tal efeito *erga omnes* é conferido restritivamente à decisão contida na sentença, cuja motivação impõe-se, entretanto, *inter partes*, diversamente do que ocorre no sistema norte-americano ou do *common law*, em que é atribuída eficácia *erga omnes* às razões que motivaram determinada decisão, permitindo-se, assim, que a interpretação exposta na motivação seja por todos havida por inconstitucional, estando vinculadas à decisão, somente as partes litigantes. Essa circunstância peculiar ao sistema constitucional norte-americano

permite que, em outro momento, a mesma lei possa ser questionada desde que a motivação desse novo questionamento seja diversa daquela já anteriormente suscitada e declarada contrária aos preceitos da Carta Magna.

No segundo item do primeiro capítulo, demonstramos o distanciamento desse modelo puro concebido pelo jusfilósofo austríaco daqueles sistemas de controle de constitucionalidade concentrado adotados na Itália e na Espanha.

Na Itália, por exemplo, a jurisdição constitucional se estruturou a partir do segundo pós-guerra, como instrumento de proteção do ordenamento jurídico de uma possível atuação arbitrária do legislador e violadora de direitos e garantias fundamentais, exatamente por ter sido essa a função do Estado que, durante um período da história italiana, se tornou a maior ameaça para as liberdades dos cidadãos. Em verdade, um modelo marcado pelas influências do sistema norte americano porque projetava na figura do Tribunal Supremo a solução para os ideais antifascistas e democráticos.

Na Espanha, por sua vez, a opção pela jurisdição concentrada gerou algumas consequências processuais significativas, como a elaboração de uma ação direta de inconstitucionalidade bem como a necessidade de atribuir os efeitos *erga omnes* às decisões constitucionais como condição para administrar o monopólio da jurisdição constitucional numa Corte constitucional e a sua necessária relação com os órgãos que compõem o Judiciário. (LOPEZ GUERRA, 2000, p.1-4)

O item subsequente do capítulo primeiro – item terceiro – traz uma reflexão sobre a problemática que permeia os precedentes judiciais nos sistemas de controle concentrado de constitucionalidade e o princípio da igualdade na aplicação da lei; isso porque, as Cortes de Constitucionalidade Européias não atuam simplesmente como “legisladores negativos”, ao se manifestarem acerca da constitucionalidade de uma norma, mas sim positivamente, ao inserirem no ordenamento normas provenientes de uma atividade hermenêutica exercida durante o processo constitucional. Diante dessa função criadora da justiça constitucional européia, admitiu-se poder extrair de um enunciado legal normas distintas, desde que fundamentada a sua (in)constitucionalidade em razões identificáveis juridicamente.

Assim, percebemos que duas das características do modelo de constitucionalidade norte americano perfazem também o modelo de constitucionalidade europeu: a função criadora do Direito, por intermédio de um processo interpretativo, não mais admitindo, portanto, que o Tribunal Constitucional atue como um simples legislador negativo, e, em decorrência disso, a importância da fundamentação das sentenças na justiça constitucional,

como um mecanismo capaz de garantir que tais decisões adotem o caráter geral, necessário para o respeito ao princípio da igualdade na aplicação da lei. E, em decorrência disso, surge a necessidade de se atribuir força vinculante às decisões constitucionais para que, então, possam cumprir a sua função de servir de critério geral, integradoras do Direito. (FERNÁNDEZ SEGADO, 2004, p.63–64)

O segundo e o terceiro capítulos trazem, respectivamente, uma análise dos sistemas de controle concentrado italiano e espanhol, mais especificamente, seus históricos, suas organizações, competências, tipos de decisões – terminativas, definitivas e interpretativas – e seus respectivos efeitos, em especial, aqueles concernentes às decisões definitivas e interpretativas pela procedência ou improcedência da inconstitucionalidade de normas e, por fim, uma verificação da aplicação das eficácias horizontal e vertical.

No que tange, pontualmente, à eficácia das decisões constitucionais em ambos os sistemas, ainda que a figura do precedente não seja um elemento que os caracterize, com o objetivo de resguardar a igualdade na aplicação da lei, a simples mudança de entendimento reiterado firmado pela Corte deve ter seu fundamento respaldado no alcance da Justiça.

E em relação, por exemplo, à eficácia horizontal das decisões constitucionais, a igualdade na aplicação da lei deve ser interpretada como um imperativo de que o mesmo órgão não pode modificar arbitrariamente o sentido das suas decisões em casos substancialmente iguais, tendo que fundamentar sua decisão de modo suficiente e razoável quando o órgão em questão considere que deva afastar-se de seus precedentes, devendo ser consideradas motivações arbitrárias aquelas não extraídas de um raciocínio objetivo e geral.

Para a elaboração desta monografia foi utilizada a metodologia da pesquisa documental, em jurisprudências e leis e a pesquisa bibliográfica. Para a seleção do material que serviu de instrumento à pesquisa, em relação às jurisprudências, foram coletadas tanto aquelas que serviram de paradigmas para a adoção de novos posicionamentos pelo Tribunal Constitucional, no tocante à igualdade na aplicação da lei, como também aquelas decisões constitucionais mais novas, relacionadas ao estudo desenvolvido no trabalho. No que tange às leis, foi realizada uma minuciosa pesquisa nos sítios oficiais das Cortes Constitucionais Espanhola e Italiana em busca das que regulamentam o assunto nesta tese abordado, além das informações obtidas no acervo bibliográfico consultado acerca da regulamentação da matéria.

1 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS

Os sistemas jurídicos que adotam Constituições classificadas quanto à estabilidade como rígidas são caracterizados por uma estrutura escalonada de normas de graus hierárquicos distintos, sendo a Constituição aquela que representa o ápice desse sistema¹, correspondendo ao fundamento maior de validade formal e material das demais normas que compõem tal ordenamento normativo.

Em razão da necessidade de se defender a unidade jurídica e a coesão das normas inferiores às superiores é que surgem mecanismos de garantia e salvaguarda da integridade do sistema jurídico, os quais, quando aplicados, objetivam excluir do ordenamento as leis ou atos normativos cujos preceitos contrariam os da Carta Fundamental, garantindo-se, assim, a prevalência do querer social, representado pela atuação do Constituinte Originário, sobre as manifestações do legislativo e do executivo no exercício das suas funções.

O controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos é um dos instrumentos utilizados para a defesa da ordem jurídica, através do qual é averiguada a compatibilidade de diplomas infraconstitucionais aos dispositivos que integram a Constituição, por meio de ação própria e de procedimento específico, manifestada através de uma via principal e direta ou, então, por intermédio de uma via incidental de constitucionalidade, podendo tal controle ser exercido pelo órgão de cúpula do Judiciário – como ocorre no sistema brasileiro – ou por um órgão criado para esta finalidade específica, como os Tribunais Constitucionais nos países europeus.

A origem deste controle remonta ao ano de 1920 a quando da elaboração da Constituição Austríaca – e, por este motivo, é também conhecido como sistema austríaco de controle de constitucionalidade de normas, baseado no projeto desenvolvido pelo jusfilósofo Kelsen (1999), que percebeu a importância e a necessidade de um órgão específico harmonizar as incompatibilidades surgidas entre os textos constitucionais dos Estados-Membros e os da União, antes federados que compunham os países que haviam adotado essa forma descentralizada de organização de Estado, evitando-se, assim, as contradições no plano do direito que, inevitavelmente ocorreriam caso o controle fosse exercido incidentalmente por

¹ De acordo com a teoria kelseniana (KELSEN, 1999. p. 247):

[...] a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora [...]. E conclui afirmando: [...] a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado.

todos os juízes ou Tribunais. (CAPPELLETTI, 1992; MARTINS; MENDES, 2001; VELOSO, 2000).

O sistema austríaco atribuiu ao Tribunal Constitucional – *Verfassungsgerichtshof*, – caracterizado pela sua independência e autonomia e composto por cidadãos de destacado conhecimento jurídico que já haviam integrado a cúpula das funções Legislativa e Executiva, a notável função de declarar ou não a inconstitucionalidade de uma norma.

Esse Tribunal Constitucional não deveria, porém, se situar na esfera do Judiciário justamente para que fosse preservado o princípio da harmonia e independência dos poderes. Assim, os juízes que exerciam a função julgadora não eram titulares da competência para controlar a constitucionalidade das leis cuja aplicação se fazia imprescindível para a solução do caso *sub judice*, assim como não podiam provocar a atuação da Corte Constitucional; deveriam, por outro lado, ter como válidas as leis existentes sem que pudessem, entretanto, deixar de aplicá-las caso duvidassem da sua compatibilidade ao texto constitucional.

A legitimidade para questionar a constitucionalidade de uma norma perante a Corte era exclusiva do Governo Federal e dos Governos Estaduais – *Länder* –, cujas atuações eram revestidas da mais ampla discricionariedade, pois, em regra, eram submetidas ao julgamento do Tribunal Constitucional somente as matérias de interesse específico desses governos que compunham a organização política austríaca, *i.e.*, aquelas relacionadas às competências constitucionais.

Como consequência, muito restrito era o âmbito de atuação da Corte Constitucional, que deixava de apreciar documentos normativos de importância ímpar para a sociedade, como os relativos aos direitos e garantias individuais que, a despeito de serem inconstitucionais – quando o eram –, permaneciam no ordenamento jurídico, exatamente porque não tinham suscitada a sua inconstitucionalidade por aqueles que detinham competência para tal.

Em decorrência da revisão constitucional ocorrida no ano de 1929, ao lado dos órgãos políticos, adquiriram também a prerrogativa de dirigir-se à Corte Constitucional, os dois órgãos de cúpula do Judiciário: a Corte Suprema para causas civis e penais – *Oberster Gerichtshof* – e a Corte Suprema para causas administrativas – *Verwaltungsgerichtshof* – que se manifestavam diante da necessidade da aplicação de uma lei de constitucionalidade duvidosa para a solução de um caso concreto submetido à sua análise, questão essa que deveria ser resolvida pelo Tribunal Constitucional, por meio de uma decisão proferida com efeito vinculante ao Judiciário.

O inconveniente observado a partir da adoção dessa medida foi que os juízes inferiores estavam obrigados a aplicar a lei de constitucionalidade questionável até o momento em que o processo subisse às instâncias superiores quando, somente então, a atuação do Tribunal Constitucional poderia ser suscitada.

Em contrapartida observou-se um crescimento da diversidade das matérias objeto da apreciação da Corte Constitucional uma vez que toda e qualquer lei, desde que supostamente inconstitucional, deveria ser julgada quanto à sua legitimidade constitucional pelo Tribunal Constitucional, se fosse imprescindível para a solução de um litígio submetido perante os Tribunais Superiores para as causas cíveis e penais ou administrativas. Sob a égide dessa diretriz, não apenas as leis que versavam sobre competências constitucionais poderiam ter sua inconstitucionalidade declarada pelo *Verfassungsgerichtshof*, mas também outras que regulamentavam, por exemplo, os direitos individuais de liberdade.

O jusfilósofo austríaco Kelsen (2003, p. 150–178), ao defender a existência da jurisdição constitucional, inicia a sua reflexão perpassando sobre a titularidade da competência para anular os atos declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, pois seria ingênuo acreditar que o próprio poder legislativo, elaborador da norma tida por contrária a Constituição, assim o fizesse.

Na esteira da reflexão kelseniana, o órgão legislativo deve ser entendido como um livre criador do Direito, vinculado à Constituição. Em verdade, o Parlamento se vincula à Constituição, numa medida relativamente restrita, sendo que a sua subordinação ao texto fundamental requer a atuação de um órgão diferente e independente dele, um Tribunal Constitucional, encarregado de anular os seus atos inconstitucionais.

Devemos entender, ainda sob a sua ótica, a natureza jurídica da anulação de uma lei como sendo a mesma a de estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei teria o mesmo caráter de generalidade que de sua elaboração, representando um sinal negativo da função legislativa, que ao contrário de se configurar como uma intromissão do Tribunal Constitucional no Poder Legislativo deve ser admitida como um fortalecimento da democracia, porque impede a concentração de um poder excessivo num só órgão, garantindo a regularidade do funcionamento dos diferentes órgãos que compõem a estrutura do Estado.

Necessário perceber, de outro modo, que a atuação do Tribunal Constitucional complementa a função legislativa, pois ao definir que uma norma é inconstitucional, retirando-a do sistema jurídico, demonstra ao legislador quais caminhos que não devem por

ele ser percorridos no momento da elaboração do texto legal para evitar que seja posteriormente declarado ilegítimo.

Isto porque, segundo o jusfilósofo austríaco, Kelsen, (2003, p.151–152),

[...] anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e, portanto, ela própria uma função legislativa. E um tribunal que tenha o poder de anular as leis é, por conseguinte, um órgão do poder legislativo. Portanto, poder-se-ia interpretar a anulação das leis por um tribunal tanto como uma repartição do poder legislativo entre dois órgãos, quanto como uma intromissão no poder legislativo.

Admite que a garantia da eficácia da Constituição requer que o ato submetido ao controle do Tribunal Constitucional seja diretamente anulado por decisão própria, quando considerado irregular e, ainda que tal decisão se refira a normas gerais – principalmente quando a elas se referir – deve ter a sentença constitucional força anulatória.

A declaração de inconstitucionalidade de uma lei não produziria sua nulidade de pleno direito, mas apenas a sua anulabilidade, em razão do ingresso da norma no ordenamento jurídico garantir sua validade no sistema, pelo menos, até o momento da verificação do vício de inconstitucionalidade produzido na sentença proferida ao final do processo constitucional.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não deveriam, nesse sentido, retroagir às situações passadas regulamentadas pela lei, pois, apesar de ter sido declarada eivada do vício da inconstitucionalidade, no momento da constituição do fato que fora submetido à sua regulamentação, era considerada em consonância ao sistema jurídico.

Tornar-se-ia necessário observar, porém, se, em nome da segurança jurídica, a anulação das normas gerais não deveria respeitar um prazo fixado pela Constituição, por ser lamentável anular por inconstitucionalidade uma lei vigendo por anos num determinado ordenamento jurídico.

Esse é o entendimento esboçado pelo austríaco Kelsen (1999, p.308) ao afirmar que:

[...] a ordem jurídica não pode fixar as condições sob as quais algo que se apresente com a pretensão de ser uma norma jurídica tenha de ser considerado a priori como nulo, e não como uma norma que deve ser anulada através de um processo fixado pela mesma ordem jurídica.

E segue defendendo, em outra passagem da sua obra (2003, p.171) o efeito pro futuro da decisão que declara inconstitucional uma norma, nos seguintes termos:

[...] em todo caso, seria bom, no interesse da mesma segurança jurídica, não atribuir em princípio nenhum efeito retroativo à anulação das normas gerais, pelo menos no sentido de deixar subsistirem todos os atos jurídicos anteriormente produzidos com base na norma em questão. Mas esse mesmo interesse não existe no caso dos fatos anteriores à anulação que, no momento em que a anulação se produz, ainda não foram objeto de nenhuma decisão de uma autoridade pública e que, se fosse excluído qualquer efeito retroativo da sentença de anulação, deveriam sempre ser julgados de acordo com esta – pois a norma geral só é anulada *pro futuro*, isto é, para os fatos posteriores à anulação.

Essa irretroatividade da declaração de inconstitucionalidade sofreu uma discreta graduação a partir da reforma da Constituição Austríaca, ocorrida em 1929, quando, então, admitiu-se que, diante do caso concreto que motivou o questionamento sobre a constitucionalidade de uma lei e, unicamente neste, poderia incidir a decisão da Corte Constitucional acerca da legitimidade constitucional de uma lei.

A mitigação do alcance dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade gerou o inconveniente de casos semelhantes àquele sobre o qual pairou a questão da inconstitucionalidade da norma serem regulamentados distintamente, surgindo, deste modo, disparidades no tratamento jurídico com repercussões sociais negativas, haja vista a ofensa ao princípio da isonomia, que se traduz pela determinação de igualdade de tratamento àqueles que figuram em situações equivalentes. (CAPPELLETTI, 1992; MARTINS; MENDES, 2001; VELOSO, 2000).

A norma geral é anulada *pro futuro*, isto é, sem efeito retroativo ou pelo menos com efeito retroativo limitado no tempo. Importante observarmos que, se a despeito de anulada a norma, subsistirem as consequências jurídicas produzidas antes da sua anulação, isso não está diretamente relacionado aos efeitos da sua entrada em vigor sobre as normas que regulavam até então o mesmo objeto, abrogadas por ela.

Kelsen (2003, p. 171–172) assim se manifesta, *ipsis literis*, sobre o assunto:

[...] isso significa que a anulação de uma lei, por exemplo, pelo tribunal constitucional, não acarreta de forma alguma o restabelecimento do estado de direito anterior à sua entrada em vigor, que ela não faz reviver a lei relativa ao mesmo objeto que havia sido abrogada. Resulta da anulação, por assim dizer, um vazio jurídico. A matéria que era até então regulada deixa de sê-lo; obrigações jurídicas desaparecem; segue-se a liberdade jurídica.

Ocorre, porém, que principalmente quando a norma tivesse sido anulada em virtude de um vício formal produzido durante a sua elaboração, o ordenamento jurídico, a partir da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional, ficaria marcado

por um vazio jurídico e, para minimizar os efeitos desse inconveniente, seria recomendável prever a possibilidade de diferir no tempo, por prazo certo, a entrada em vigor da sentença de anulação.

Ou, então, permitir que o Tribunal Constitucional garantisse que, com a decisão que anulou uma norma, voltasse a vigorar as normas gerais que regiam a matéria antes da declaração de inconstitucionalidade normativa. O próprio Tribunal seria o responsável pelo restabelecimento do antigo estado de direito, isto é, pela repriminção da norma, pois não seria recomendado que a “Constituição fizesse da reparação desse estado uma regra geral imperativa para todos os casos de anulação das normas gerais.” (KELSEN, 2003, p. 172).

Vale pontuar que a anulação não se deve aplicar, necessariamente, ao inteiro teor da lei ou do regulamento, podendo limitar-se a uma parte das suas disposições, cabendo ao tribunal a tarefa de apreciar livremente a pertinência e a necessidade para a garantia da unidade jurídica, da anulação da norma em geral ou apenas de algumas das suas disposições.

Como observado, portanto, no modelo austríaco, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade se projetam para o futuro, isto é, a sua eficácia começa a fluir a partir da data da publicação da sentença proferida pelo Tribunal Constitucional ou em outro prazo fixado pela Corte, desde que não ultrapasse um ano dessa ocorrência, operando, ainda, contra todos – *erga omnes*. Cabe ressaltar, porém, que não somente na Áustria, como em outros países que adotaram este sistema, dos quais os da Europa e o Brasil são exemplos, o efeito *erga omnes* é conferido restritivamente à decisão contida na sentença, cujo efeito da sua motivação impõe-se, entretanto, *inter partes*, diversamente do que ocorre no sistema norte-americano ou do *common law*, no qual é atribuída eficácia *erga omnes* às razões que motivaram determinada decisão, permitindo que a interpretação exposta na motivação seja por todos havida por inconstitucional, vinculando-se à decisão, somente as partes litigantes. Essa circunstância peculiar ao sistema constitucional norte-americano permite que, em outro momento, a mesma lei possa ser questionada por outras pessoas interessadas, desde que a motivação desse novo questionamento seja diversa daquela já anteriormente suscitada e declarada contrária aos preceitos da Carta Magna (LLORENTE, 1997, p. 463–504).

A fim de serem evitadas lacunas no ordenamento jurídico, admitiu-se o efeito repriminatório das normas – salvo se a Constituição dispusesse em modo contrário – de acordo com o qual, a regulamentação das relações sociais deveria se perfazer por um

documento normativo que voltaria a vigor, após ter sido revogado por uma norma declarada inconstitucional, e, portanto, retirada do sistema.

Ocorre, porém, que essas diretrizes iniciais elaboradas por Kelsen, sofreram gradativas modificações, e as novidades de maior relevo que surgiram no sistema concentrado, a partir das experiências da justiça constitucional implementadas no segundo pós-guerra na Áustria, Itália, Alemanha, Espanha, dentre outros países, demonstram, de acordo com o constitucionalista italiano Pizzorusso (2007, 82–83).

[...] la capacidad de las decisiones de los jueces constitucionales dictadas en un régimen de control concentrado de disposiciones y normas en vigor, en desarrollar un rol normativo no solo <<negativo>>, sino también <<positivo>>, así como la posibilidad de combinar la técnica del control incidental – de tipo <<americano>> – con la técnica del control concentrado – de tipo <<austriaco>> – mediante el empleo del instituto de la prejudicialidad².

1.1 Controle Concentrado de Constitucionalidade Adotado na Itália e Espanha: um distanciamento do modelo puro kelseniano

Observando as lições de FERNÁNDEZ SEGADO (2004), faz-se imprescindível pontuar, entretanto, que a difusão da justiça constitucional permitiu que o modelo puro europeu tal como preconizado por Kelsen (2003) sofresse considerável influência do modelo norte americano, o qual fora concebido pelos Federalistas a partir da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, de modo que, tornar-se-á difícil a manutenção dos agrupamentos dos sistemas em americano e europeu kelseniano, surgindo, então, a necessidade de buscar novas classificações dos modelos de justiça constitucional.

A teoria defendida por FERNÁNDEZ SEGADO, no que tange a essas novas perspectivas de sistematização dos sistemas de controle de constitucionalidade, perpassa pela

² [...] a capacidade das decisões dos juízes constitucionais ditadas em um regime de controle concentrado de disposições e normas em vigor, ao desenvolver uma atividade normativa não apenas negativa como também positiva, assim como a possibilidade de combinar a técnica do controle incidental – do tipo americano – com a técnica de controle concentrado – do tipo austríaco – mediante o emprego do instituto da prejudicialidade.
 [...] *La diferencia de mayor relevancia que todavía consiente de contraponer el sistema europeo al americano, y que deriva de la eficacia erga omnes de las decisiones estimatorias – en Alemania también aquellas desestimatorias –, se presenta cada vez menos relevante que el ligamen de la decisión al supuesto con referencia a la cual la cuestión surgió, porque tiende a conferir siempre mayor importancia al carácter interpretativo de ella y, por tanto, a sobre valorar, por su importancia, la eficacia de cosa juzgada. De otro lado, es evidente la mayor semejanza, en cuanto a la composición y modo de funcionamiento, de las cortes constitucionales europeas a las cortes americanas, y no a las europeas, formados por magistrados de carrera. En virtud de esta doble evolución, la contraposición que hoy se presenta como de mayor importancia no es más entre sistema americano y sistema europeo, sino entre sistemas concretos y abstractos de control de constitucionalidad de las leyes. Pizzorusso (2007, 89–90).*

diferença entre a verificação de legitimidade constitucional da lei daquela exercida no momento da aplicação da lei, devendo a primeira dessas modalidades pressupor a ausência de um conflito de interesses em jogo, diversamente da segunda.

Diante desse contexto, o sistema italiano de jurisdição constitucional se estruturou a partir do segundo pós-guerra, de forma a proteger o ordenamento jurídico de uma atuação arbitrária do legislador e violadora de direitos e garantias fundamentais, exatamente por ter sido essa a função do Estado que, durante um período da história italiana, se tornou a maior ameaça para as liberdades dos cidadãos. Em verdade, um modelo marcado pelas influências do sistema norte-americano, porque projetava na figura do Tribunal Supremo a solução para os ideais antifascistas e democráticos.

Assim, caracterizaria o sistema de constitucionalidade italiano, bem como o espanhol, a superioridade normativa da Constituição diante das demais normas integrantes do ordenamento jurídico, de modo tal que tais normas infraconstitucionais poderiam ter a sua legitimidade constitucional questionada e, como consequência, a sua eficácia suspensa do plexo normativo; uma superioridade não apenas sob o aspecto hierárquico-formal, mas, fundamentalmente, material, no sentido que cabe à própria Constituição organizar e ‘separar’ as funções do Estado, e principalmente, definir os limites para a sua atuação, instituindo uma carta de valores supremos – declaração de direitos e garantias – a ser respeitada, indistintamente, pelos cidadãos e pelo Estado.

A opção, entretanto, pela jurisdição concentrada gerou, inevitavelmente, consequências processuais importantes (FERNÁNDEZ SEGADO, 2004, p. 63–64)

[...] como el diseño de una acción directa de inconstitucionalidad o los efectos *erga omnes* de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad de una ley, que si bien son el trasunto de la concepción kelseniana del Tribunal como “legislador negativo”, lo cierto es que, en algún caso, como los efectos *erga omnes*, vienen exigidos por la necesidad de articular el monopolio de rechazo que tiene el Tribunal Constitucional y su necesaria relación con los demás órganos jurisdiccionales.

Nesse sistema, o exercício da função jurisdicional deve se submeter aos ditames das leis que compõem o ordenamento – não nos esqueçamos de que tal ordenamento está estruturado na Carta Superior, isto é, a Constituição, fundamento de validade das demais normas –, não cabendo aos juízes desaplicar a norma que entenderem inconstitucional, diversamente do que ocorre no modelo norte americano.

Devemos, porém, interpretar o papel exercido pelo Poder Judiciário de não apenas mero coadjuvante, mas de protagonista ao lado do Tribunal *ad hoc*, nesse sistema de controle de constitucionalidade, fundamentalmente por dois motivos: o Poder Judiciário não é um mero autômato da lei, mas seu intérprete em potencial, limitado, apenas, pelos valores insculpidos no plano normativo-constitucional e, portanto, tem o poder dever de atribuir aos textos legais interpretações distintas de modo a introduzir no ordenamento jurídico normas capazes de solucionar os conflitos que provocaram a sua manifestação; e, além disso, por mais que não caiba aos juízes, no exercício da sua função, declarar inconstitucionais aquelas normas que entenderem contrárias à Constituição, têm eles competência constitucionalmente definida de se dirigir à Corte Constitucional, suspendendo o curso regular do processo principal, sempre que entenderam que a norma aplicada ao deslinde do caso, seja de constitucionalidade questionável, sendo que a Corte apenas analisará e declarará a inconstitucionalidade da lei, caso o Judiciário se manifeste no sentido de provocar a sua atuação. Por outro lado, desde que o juiz aplicador do direito reconheça a constitucionalidade normativa, não terá razões para provocar a atuação da Corte Constitucional.

Em suma, o modelo adotado na Itália e na Espanha permite tanto o controle da lei como norma geral e abstrata, ignorados quaisquer interesses eventualmente abrangidos pelo seu alcance, como também aquele exercido a quando da sua aplicação na solução de casos concretos. Importante frisar que no sistema espanhol de constitucionalidade, é o recurso de amparo o instrumento processual utilizado para a proteção dos direitos e liberdades constitucionalmente garantidos quando violados em razão de uma disposição normativa, atos jurisdicionais ou dos poderes públicos em geral.

1.2 A Eficácia Vertical e Horizontal das Decisões Constitucionais. O Problema do Precedente Vinculante e o Princípio da Igualdade na Aplicação da Lei

Como vimos, ao analisarmos o modelo puro kelseniano, e adotando nesta oportunidade os fundamentos aduzidos por Llorente (LLORENTE, 1997, p. 463–504) a legitimidade para se pronunciar acerca da compatibilidade das normas infraconstitucionais aos dispositivos previstos na Carta Fundamental e a consequente faculdade de ditar decisões com eficácia *erga omnes* é titularizada por um órgão criado especificamente para o exercício desta atribuição, o Tribunal Constitucional, que se justapõe à organização do Poder Judiciário – e com ele dialoga diferentemente nos distintos países que adotaram o controle concentrado de constitucionalidade –, devendo, de toda forma, atuar, inevitavelmente, como ‘legislador negativo’.

O legislador positivo e o “negativo” estão ambos submetidos à Constituição sob aspectos distintos, já que o Tribunal Constitucional é um órgão jurisdicional, sendo, porém, titular de uma função que, sem qualquer dúvida, é legislativa, já que a anulação é revestida pela mesma generalidade que a promulgação de uma lei, sendo que a anulação é precedida de um sinal de negação. (LLORENTE, 1997, p. 476).

Sob esse prisma, o objeto do controle concentrado de constitucionalidade não poderia ser outro que não a norma promulgada pelo legislativo, cabendo ao Tribunal Constitucional tão somente duas opções: mantê-la ou anulá-la.

A decisão que anula uma norma, até então, de obediência indistinta e obrigatória por todos, é constitutiva e não meramente declaratória. A norma tornar-se-á inconstitucional a partir da declaração proferida nesse sentido pelo Tribunal Constitucional, não podendo, portanto, ser considerada nula de pleno direito, mas simplesmente anulável, sendo atribuída a tal sentença a eficácia *ex nunc*.

A eficácia geral atribuída à sentença se limita ao *decisum* que declarou inconstitucional a norma, não sendo a mesma eficácia atribuída às razões que fundamentaram a adoção de tal decisão, que opera *inter partes*.

Ocorre, porém, que tal sistema desenvolvido por Kelsen (2003) sofreu adaptações naqueles países que o adotaram, como, na Espanha, onde se admite, dentre outras variantes, que os órgãos do Judiciário possam questionar perante o Tribunal Constitucional a constitucionalidade das leis que devem aplicar para solucionar um caso concreto, sem que isso implique, como explica Llorente e diversamente da tese defendida por FERNÁNDEZ SEGADO acima exposta, uma aproximação entre o modelo de controle de constitucionalidade norte-americano daquele europeu, exatamente porque essa impugnação tem caráter abstrato. (LLORENTE, 1997, p. 479).

De fato, o autor espanhol segue defendendo diferenças substanciais entre ambos os sistemas jurisdicionais de controle de constitucionalidade de normas como no que tange à eficácia geral da decisão e não dos fundamentos que justificaram a sentença ditada pelo Tribunal Constitucional.

No sistema espanhol, as sentenças proferidas em sede de recurso de amparo, interposto quando violados direitos garantidos constitucionalmente, não possuem eficácia geral, não devendo, inclusive, a decisão que resolve tal matéria conter qualquer pronunciamento sobre a

constitucionalidade da lei questionada, a despeito de ser verificada, muito frequentemente, através desta via a constitucionalidade de leis.

Na verdade, o juízo sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma legal que deve fazer o juiz europeu não é um julgamento sobre a aplicação da lei, mas sim sobre a lei mesma.

O que tem acontecido, porém, é que a prática cotidiana da jurisdição constitucional europeia demonstrou a insuficiência desse modelo teórico que prima por identificar a norma legal ao enunciado, bem como reduzir a importância da sentença à sua decisão (LLORENTE, 1997, p. 483):

Identificar a norma legal ao enunciado da lei, “sitúa al Juez constitucional ante la incómoda alternativa de mantener la plena validez del enunciado, aun consciente de que una o varias de las interpretaciones posibles son contrarias a la Constitución, o anularlo en su totalidad, aunque pudiera ser interpretado también de un modo que no resultaría incompatible con la Constitución, o su supresión pueda crear una situación más gravemente inconstitucional que la que implica el riesgo de aquellas interpretaciones.

Diante dessa função criadora da justiça constitucional europeia, adotou-se o entendimento segundo o qual, com base no processo hermenêutico, podemos extrair de um enunciado legal normas distintas, e esse processo de interpretação realizado pelo Tribunal Constitucional, ao permitir que sejam inseridas no ordenamento jurídico tais normas, deverá fundamentar as razões que o levaram a admitir quais delas devem ser consideradas constitucionais ou inconstitucionais.

A partir de então percebemos que duas das características que identificavam o modelo de constitucionalidade norte-americano perfazem também o modelo de constitucionalidade europeu: *i*) a função criadora do Direito, por intermédio de um processo interpretativo, não mais admitindo, portanto, que o Tribunal Constitucional atue como legislador negativo, e, em decorrência disso, *ii*) a importância da fundamentação das sentenças na justiça constitucional, como um mecanismo capaz de garantir que tais decisões adotem o caráter geral, necessário para o respeito ao princípio da igualdade na aplicação da lei.

Surge, então, a seguinte indagação proposta por López Guerra (LÓPEZ GUERRA, 2000, p. 1– 4):

como atribuir força vinculante à jurisprudência constitucional para que assim possa cumprir a sua função de servir de critério geral, que complemente o direito escrito e assegure a generalidade na sua aplicação?

Preliminarmente, antes de discutirmos a questão sobre a vinculação aos precedentes, importante enfatizar que tal vinculação não impedirá que o órgão judicial modifique a sua interpretação sobre uma determinada norma, e com isso inicie um novo processo de normatização jurisprudencial. A sucessão de paradigmas interpretativos na aplicação de idêntico texto legal é uma exigência da própria historicidade da realidade social e jurídica, constituindo, portanto, uma exigência da justiça. Ocorre, porém, que para garantir essa mudança interpretativa e, de forma mediata, preservar a segurança jurídica, é condição *sine qua non* que o juiz esteja respaldado numa fundamentação objetiva e razoável.

Uma questão inicial será determinar quando estamos diante de um precedente que exige respeito, isto é, de uma linha jurisprudencial que constitua doutrina já consolidada, descartando-se os pronunciamentos isolados ou pertencentes a uma etapa em que a questão ainda admite distintas opções interpretativas, não sendo possível, portanto, detectar o rompimento com algum pronunciamento anterior já consolidado, exatamente por inexistir tal pronunciamento. Da mesma forma, consumada tal consolidação, se produz na prática uma derrogação das linhas anteriores, ao normalizar o novo paradigma, excluindo, assim, toda e qualquer pretensão que se apoie em uma etapa jurisprudencial anterior e já superada.

Em segundo lugar, o paradigma jurisprudencial se firma em torno de uma configuração de um determinado fato, *pari passu* a uma correspondente consolidação de ponderação de princípios.

A conclusão a que se chega é que os juízes estão plenamente submetidos à Constituição. O precedente não se converte em uma fonte estanque: a sua existência obriga a reconhecer expectativas juridicamente atendíveis, como a relevância dos votos particulares discrepantes que, na verdade, expressam as fissuras do paradigma interpretativo consolidado, e que podem mesmo anunciar a futura conversão do voto discrepante particular de um juiz na decisão majoritária de um órgão jurisdicional.

Importante frisar que o distanciamento do julgador dos seus próprios precedentes impõe ao órgão de justiça constitucional competente para verificar a violação ao princípio da igualdade na aplicação da lei a tarefa de constatar a existência da devida motivação para justificar tal distanciamento.

Assim, os órgãos judiciais podem modificar os seus precedentes sempre que novo critério interpretativo tenha sido adotado como solução genérica, dotada de vocação para ser aplicada em casos futuros, e não como uma mudança inadvertida pelo órgão judicial ou que

seja fruto de voluntarismo diante de casos resolvidos de modo diverso. O que não se coaduna ao princípio da igualdade na aplicação da lei é a mudança arbitrária, o que equivale a dizer que a mudança é legítima quando for fundamentada e tiver vocação para ser aplicada em casos futuros, ou seja, quando puder ser mantida com certa continuidade com fundamento em razões jurídicas objetivas que excluam todo significado de solução *ad personam*, sendo ilegítima se implica apenas uma ruptura ocasional de uma linha que vinha sendo mantida com normal uniformidade antes da decisão divergente.

Dando seguimento às reflexões esboçadas por Lopéz Guerra (2000), ao expor sobre a força vinculante da jurisprudência, inicia a sua análise indagando em que deve consistir tal força vinculante para que possa cumprir a sua função de servir como critério geral, utilizado para complementar o direito escrito e assegurar a generalidade na sua aplicação.

Poderíamos distinguir, com respaldo nas lições do eminente professor espanhol, sob o plano ideal teórico, três tipos de vinculação dos tribunais às decisões constitucionais: a) de um lado, se situaria uma vinculação meramente intelectual, baseada na convicção ou força persuasiva das decisões da Corte Constitucional; b) do lado extremo contrário, estaria uma vinculação formal, assemelhada àquela existente em relação à lei; c) e, por fim, numa zona intermediária, uma vinculação no sentido de que o não acompanhamento da jurisprudência firmada pela Corte pode acarretar a revogação das sentenças que lhe forem contrárias.

A primeira das possibilidades de se atribuir força vinculante às decisões constitucionais poderia ser considerada frágil sob o aspecto jurídico, por não ter fundamento em qualquer mecanismo de exigibilidade. Além disso, a convicção da jurisprudência é um elemento indispensável para garantir a sua efetiva aplicação, não sendo, porém, um elemento capaz de garanti-la suficientemente.

O segundo dos tipos de vinculação poderia apresentar consequências extremas dificilmente admissíveis, já que a não aplicação consciente por parte do juiz da jurisprudência constitucional se assimilaria a não obediência consciente ao texto da lei, o que resultaria no crime de prevaricação. Difícil admitir esse tipo de vinculação, porque poderia caracterizar-se em uma ofensa ao postulado constitucional da independência do juiz, submetido que está unicamente ao texto da lei. Considerar o conceito de lei, num aspecto amplo, capaz de englobar outra fonte do Direito, que é a jurisprudência, poderia caracterizar um rompimento ao postulado da submissão do juiz ao direito e à lei, em virtude de se ver vinculado a um precedente sequer estabelecido pelo ordenamento jurídico ou previsto constitucionalmente.

A terceira solução representaria uma via intermediária entre as duas anteriormente citadas, além de ser, em regra, a adotada e, como mencionado anteriormente, permitiria que, em nome da força vinculante da jurisprudência, fossem revogadas todas as sentenças proferidas em sua desobediência. Assim como as demais possibilidades para garantir a vinculação dos juízes às decisões constitucionais, e mesmo que seja a mais razoável de todas, admite aspectos questionáveis, como, o referente ao modo de assegurar a uniformidade dos critérios aplicáveis às situações que provocaram a manifestação da Corte Constitucional.

Caberia, portanto, ao Tribunal Constitucional se converter em guardião do respeito à jurisprudência, entendendo como violação ao princípio da igualdade na aplicação da lei, o não atendimento aos critérios jurisprudenciais estabelecidos. (LÓPEZ GUERRA, 2000, p. 1–4).

A cautela em analisar como as instâncias do Judiciário vincular-se-ão às decisões constitucionais, e mesmo como o próprio tribunal Constitucional manter-se-á vinculado às suas decisões, adquire relevo quando notamos que aquela função de legislador negativo tal como preconizada e defendida por Kelsen não mais corresponde às características que identificam os Tribunais Constitucionais contemporâneos, que além de exercerem a função de defensores da Constituição, se destacam por serem seus intérpretes.

Essa função interpretativa atribuída ao Tribunal Constitucional se converte em fonte de critérios aplicáveis a uma generalidade de situações, não apenas no âmbito dessa Corte Constitucional, como também nas demais esferas do Estado (LÓPEZ GUERRA, 1998, p. 14–19), como uma forma de assim garantir a igualdade na aplicação da lei.

Ao mesmo tempo em que devemos reconhecer a força vinculante das decisões constitucionais, no sentido de admitir que atendendo aos princípios da igualdade na aplicação da lei e da segurança jurídica, a função de unificação da doutrina constitucional corresponde à Corte Constitucional, sem prejuízo da sua evolução e eventual modificação, seria desmesurado afirmar que todo e qualquer distanciamento ou discrepância do critério adotado pela Corte Constitucional representa, necessariamente, ofensa à igualdade na aplicação da lei. Nesse caso, o não acompanhamento das decisões constitucionais deve também ter fundamento objetivo e razoável, resguardando não apenas o valor de justiça atribuído às relações sociais, como também o da segurança jurídica.

Para que a eficácia vertical das decisões se respalde no princípio da igualdade na aplicação da lei torna-se necessário identificar objetiva e claramente as variáveis que aproximam ou distanciam duas ou mais situações, evidenciando-se, assim, pelas instâncias do

Judiciário, qual decisão constitucional poderá servir de fundamento jurídico para a solução do litígio *sub judice*.

Como variáveis objetivas, podemos enumerar:

- a) a identidade do parâmetro de constitucionalidade;
- b) a identidade da norma e da razão que justifica o seu questionamento perante a Corte Constitucional;
- c) a identidade entre os elementos que caracterizam os casos que estão sendo objeto de comparação: se relacionados a uma restrição, no exercício de um direito, a uma ampliação ou mesmo a sua inexistência; a condição jurídica dos jurisdicionados envolvidos nas relações, quanto à titularidade do exercício do direito em questão; e o momento da aquisição, restrição ou ampliação do direito, ou quando deveriam ter sido realizados e assim não o foram;
- d) a identidade entre os objetivos que se quer alcançar ou os direitos que se quer proteger com o deslinde do caso.

Se qualquer um desses critérios não for atendido, não haverá ofensa ao princípio da igualdade na aplicação da lei se as decisões proferidas não forem equivalentes. Quando, porém, os critérios forem todos observados, caberá ao órgão julgador justificar motivadamente, através de critérios objetivos e gerais, o porquê do distanciamento do *tertium comparationis* (OLLERO, 2005, p. 20–22).

Ao lado da eficácia vertical das decisões constitucionais, e tão importante quanto, se situa a autovinculação das decisões do Tribunal Constitucional – eficácia horizontal – que, de acordo com Ollero (2005) requer como seu primeiro e decisivo fator, a exigência de que as decisões – a ser proferidas e a que servirá de precedente – tenham emanado do mesmo órgão jurisdicional, isto porque, distinto é o problema da igualdade na aplicação da lei quando esta não se refere a um único órgão, e sim a órgãos plurais. Para esses casos, o princípio da igualdade é garantido graças à uniformidade da jurisprudência firmada pelos órgãos jurisdicionais de superior instância.

Um segundo aspecto a ser observado se fundamenta na escolha implícita das razões que motivaram a não vinculação ao precedente judicial, quando isso ocorra. O que o princípio da igualdade na aplicação da lei exige, não é tanto que a lei receba sempre a mesma interpretação de modo a manter identicamente afetados os sujeitos submetidos à mesma, mas

sim que não sejam emitidos pronunciamentos arbitrários por incorrer em desigualdade não justificada.

A mudança de critério resulta arbitrária, quando não adota nova solução genérica conscientemente diferenciada da que anteriormente se estava adotando, caracterizando-se, por ser, ao contrário disto, uma resposta individualizada, isolada. O direito a um tratamento igual se converte em direito a um tratamento uniforme, em relação aos anteriores pronunciamentos do mesmo órgão – já que apenas respeitando esta regra, a lei será verdadeiramente igual para todos.

Deparamos-nos, assim, com duas questões distintas mas, ao mesmo tempo, bastante próximas. Uma nos leva a indagar se a desigualdade de tratamento que resulta na distinta aplicação normativa pode ser discriminatória; isso nos remete a um problema de justiça, que para ser resolvido requer a análise de qual fundamento objetivo e razoável poderia justificar tal desigualdade, descartando a existência de uma discriminação. Outro problema distinto é se tal desigualdade, ainda que discriminatória, será adotada para soluções posteriores até culminar numa nova regularidade judicial; isso nos remeteria a um problema de segurança.

Que exigências deve cumprir um órgão judicial, quando opta por modificar o seu critério habitual, para que a sua desigual decisão possa ser considerada de fundamentação suficiente e razoável, livre portanto de toda e qualquer discriminação?

A fundamentação suficiente e razoável não precisa ser expressa, mas sim, certa. Se o tribunal se limita a constatar a existência de fundamento para a mudança de critério, sem valorar o seu grau de suficiência ou razoabilidade, estaríamos reduzindo a exigência de fundamento à mera existência de alguma motivação, qualquer motivação.

Se o que se quer é garantir a justiça, será preciso que toda desigualdade se apoie em um fundamento objetivo e razoável. Se, diversamente, conformamo-nos em garantir a segurança, será necessário apenas respeitar as expectativas produzidas pelas decisões precedentes do mesmo órgão, que acabam oferecendo ao cidadão um paradigma orientador sobre as consequências previsíveis de sua conduta.

Ainda de acordo com as lições de Ollero (OLLERO,2005, p. 20–22), pode existir violação ao princípio da igualdade, no momento da aplicação jurisdicional da lei, quando o mesmo preceito se aplique a casos iguais com notória desigualdade por motivações arbitrárias, isto é, não fundada em razões amparadas juridicamente ou com apoio em alguma das causas de discriminação previstas no texto constitucional.

A teoria jurídica legalista moderna converte os textos legais em instrumentos através dos quais lhes será garantida uma condição básica, necessária para a sua caracterização, qual seja, a da igualdade na aplicação da lei, enfatizando que todo tratamento legal diferenciado deve ter fundamentação objetiva e razoável.

Admitido que com a lei o debate político finalizar-se-ia, e dando por igualitário o seu tratamento aos cidadãos, restava excluir qualquer desigualdade existente. Era preciso impedir, com mecanismos técnicos, toda e qualquer intenção de manipulação que pudesse reabrir ilegitimamente o debate político, garantindo-se, assim, que o juiz se submetesse unicamente à expressão do poder legítimo: a lei.

O problema se amplia quando surgem dúvidas fundadas de que não seja desejável, nem ao menos possível, dar por esgotado o debate político durante a produção legislativa, visto que o valor da justiça permite que tal debate se prolongue ao longo de um processo de concretização judicial, nunca exaustivamente reduzido a termos técnicos.

Quando a Constituição traz no seu texto não apenas condicionamentos de caráter formal, mas também de caráter material, como o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, isso não apenas orienta o legislador no momento da discussão e aprovação dos textos normativos ou os juízes quando resolvem litígios, bem como, permite que a Corte Constitucional restabeleça o exercício de tais direitos, quando violados. Isso porque, se os juízes não se limitam a aplicar formalmente a lei, mas sim, explicitam o conteúdo do texto constitucional, está claro que podem, assim como o legislador, proferir interpretações inválidas do texto normativo.

A aplicação da norma se apresenta de modo especial quando surgem questões suscitadas em decorrência da sua projeção desigual sobre casos idênticos. Assim, enquanto o Tribunal Constitucional reconhece uma igualdade fática entre certas situações, que pode se traduzir em uma identidade, a isso se opõe que igualdade fática não equivale à igualdade jurídica e que as situações provadas por ambas as sentenças são distintas.

Esse é o entendimento esboçado por Maués (MAUÉS,2009, p.8–9), nos seguintes termos:

Como qualquer proposição no campo do direito, a afirmação de que uma questão é idêntica à outra não se baseia apenas em uma análise de circunstâncias de fato, ou seja, sobre a ocorrência ou não de determinados eventos físicos, mas especialmente nos critérios utilizados para qualificar juridicamente esses fatos. Mesmo que não haja divergência entre os julgadores sobre

os aspectos factuais de uma demanda, ainda assim pode haver soluções dispares para ela, baseadas em interpretações dadas ao caso.

A aplicação da norma se traduz, então, em um relato que implica uma qualificação, estima relevâncias e valora e, assim, pode-se concluir que dificilmente haverá igualdade entre os cidadãos se não existir igualdade entre os juízos que recaem sobre suas condutas.

A regra geral da igualdade se bifurca, então, para contemplar a igualdade de tratamento dado pela lei ou igualdade na lei, constituindo-se em um limite ao exercício da função legislativa, e a igualdade na aplicação da lei, que limitará a atuação dos órgãos encarregados da sua aplicação.

A segunda forma de expressão do princípio da igualdade – igualdade na aplicação da lei – requer que um mesmo órgão não pode modificar arbitrariamente o sentido de suas decisões, em casos substancialmente iguais, e, quando o órgão em questão considere que deve distanciar-se de seus precedentes tem que oferecer para tanto uma fundamentação suficiente e não arbitrária, ou seja, obtida através de argumentos objetivos e gerais, juridicamente alcançáveis. (OLLERO, 2005, p.45 e ss).

Como dito acima, a igualdade na aplicação da lei pode ser violada quando um mesmo preceito for aplicado de modo distinto em casos iguais, tendo como fundamento motivações arbitrárias, não respaldadas na razoabilidade ou, ainda, fundadas em alguma das causas de discriminação explicitamente definidas no texto fundamental de um país.

Por isso, necessário observar que (MAUES, 2009, p. 9)

[...] a afirmação da existência de decisões reiteradas se baseia no entendimento de que, apesar de suas particularidades, os casos devem ser julgados no mesmo sentido, assumindo que a interpretação dada a um deles também é válida como parâmetro de decisão em outros. Isso impõe que a análise das características dos casos julgados nos precedentes seja feita com muito cuidado, para que se possa afiançar que está correta a generalização de seus fundamentos...

O julgamento deverá se estabelecer sobre um termo de comparação apresentado por quem alega a desigualdade, demonstrando os precedentes dos quais a decisão questionada se distanciou.

A comparação se circunscreverá a eventuais desigualdades surgidas na aplicação de uma norma e não na apreciação de outros elementos juridicamente relevantes. Permanecem fora do alcance da igualdade na aplicação da lei, por exemplo, os entendimentos diversos dos tribunais, sobre uma determinada cláusula contratual.

As leis, documentos normativos abstratos e gerais representam o instrumento decisivo, ou um dos principais instrumentos jurídicos, capazes de garantir a igualdade na sua aplicação. Nesse sentido, por ser a paridade o ponto de partida desses documentos que exteriorizam o direito, todo tratamento legal diferenciado deve possuir uma fundamentação objetiva e razoável.

Conforme admite Ollero (2005), o princípio da igualdade na aplicação da lei se forma a partir da determinação de que um mesmo órgão não deve modificar arbitrariamente o sentido de suas decisões em casos substancialmente iguais e que quando o órgão em questão considere que deva distanciar-se de seus precedentes, fundamente suficiente e razoavelmente tal posicionamento.

A lei propiciará, nesse contexto, a demarcação do campo de justo tratamento a cidadãos basicamente iguais, mas a difícil tarefa de fazer justiça continuará sempre aberta e consistirá em algo mais complexo do que a salvaguarda da técnica assegurada legalmente. Assim, não se poderá admitir a segurança como um substitutivo da justiça em uma hipotética etapa judicial técnico-aplicativa que sucederia aquela político-valorativa durante a qual se elaborou a lei.

Isso exigirá que o processo interpretativo se sujeite a determinados critérios que permitam prever as suas vicissitudes, evitando que a obscuridade do futuro se faça presente parecendo insegurança. Desta feita, o processo interpretativo fomenta um contínuo círculo: a lei interpretada se converte em direito atual e as exigências jurídicas devem se respaldar na lei, para tornar previsível para além de certo casuísmo, a decisão que nelas se fundamentar.

Diante desse contexto, o direito modificar-se-á independentemente das eventuais alterações sofridas pelo texto legal. E mais, o direito será objeto de modificações constantes atribuídas pelas interpretações elaboradas com base na letra da lei.

Nesse sentido, a faculdade de modificação do critério adotado na interpretação de uma lei aplicada a um caso concreto requer: primeiro, que sejam alteradas as circunstâncias fáticas submetidas ao livre interpretar do órgão aplicador do Direito ou, ainda, que o próprio pensamento a respeito sobre uma determinada regulamentação normativa seja modificada.

O primeiro aspecto que permite a mudança de critério será justificado quando embora seja adotado o mesmo critério na prolatação de duas sentenças, por serem distintas as características concretas que identificam cada caso, as suas decisões também serão diferentes. A mudança do entendimento normativo requer sejam invocados métodos interpretativos para

justificá-la e, muito embora, a norma continue sendo a mesma, se admite a possibilidade de progresso ou simples modificação na sua interpretação.

Por isso, quando os Tribunais começam a interpretar e a aplicar uma nova norma, não se pode exigir que todos os seus pronunciamentos sejam idênticos ou que cada um se torne precedente dos demais que o seguirão, já que as diferenças que podem existir inicialmente fazem parte de um processo razoável e de um ajuste interpretativo que não vulneram o direito à igualdade.

Nesse contexto, o Direito deixa de identificar-se com um texto legal posto, para constituir uma atividade de positivação do sentido jurídico de uma relação. O texto normativo não impõe um determinado sentido às relações sociais, porém serve de instrumento mediador para a captação de seu sentido jurídico, decifrado por intermédio de referências a elementos metatextuais.

O direito não está posto na norma, pronto pra ser aplicado, mas, ao contrário, consiste em um conjunto de exigências reais que se revelam ao estabelecermos a correspondência entre norma e fato. Não existem vários sentidos da norma, mas vários possíveis atos de vontade – arbitrários, por não possuírem referência a conteúdos éticos –, aos quais a norma pode conferir formalmente sentido jurídico.

Para um órgão aplicador da lei, é o sentido da norma vigente, em um momento determinado, que deveria guiar a sua atuação, nela encontrando aqueles critérios para a sua justificação.

Nesse sentido, a mudança normativa, imprescindível para acompanhar a evolução social, traz consigo uma desigualdade de tratamento previsto para condutas similares situadas cronologicamente antes e depois da sua produção, pois a entrada em vigor de uma nova norma rompe a possibilidade de comparação.

Admitir que a função jurisdicional significa interpretar exigências jurídicas reais, buscando apoio nas normas disponíveis, é reconhecer que tal função tem um papel motor no dinamismo jurídico, ao serem dadas soluções aos problemas do presente mediante a adequada interpretação das normas elaboradas no passado; estamos diante de uma função nitidamente criativa, passível de mudanças, que serão acompanhadas, por sua vez, pelas mudanças aplicadas nas decisões judiciais.

Muda, portanto, o direito, sem mudar o texto legal.

Isso acontece, porque o texto legal projeta princípios valorativos sobre uma situação de fato, que objetiva facilitar a sua aplicação aos fatos que ocorrem na realidade social, sem a pretensão de oferecer uma solução para um caso ou um conjunto de casos, sem deixar em aberto um campo para o jogo interpretativo.

Diante desse quadro, podemos afirmar que não existe uma determinação de igualdade absoluta que obrigue em todos os casos o tratamento igual das situações iguais, pois isso seria contrário a própria dinâmica jurídica que se manifesta não apenas quando produzida uma modificação normativa, mas também quando o processo de interpretação e aplicação da legalidade sofre uma gradativa evolução, fundamentado em uma mudança de critério que legitima as diferenças de tratamento.

Por vezes, essa inevitável e imprescindível dimensão interpretativa da função jurisdicional pode se apresentar como argumento para evitar e inibir a vinculação de cada órgão aplicador aos seus precedentes.

Nem toda a diferença em relação às decisões precedentes em casos idênticos será considerada discriminatória; a pretendida equiparação no momento atual com quem foi beneficiado por um critério de interpretação das normas há tempo superado, não constitui exigência do direito à igualdade, pois supõe uma seleção arbitrária do termo de comparação. A indagação que surge é: o juiz goza, no momento de mudar o seu critério interpretativo, da mesma liberdade ou discricionariedade que o legislador, visto que esse deve obedecer ao imperativo do tratamento igualitário, sem necessidade de justificar por que o tratamento do presente é diverso daquele adotado no passado?

O direito não é norma, nem fato, mas sim, o sentido ajustado de uma relação fática à luz de critérios valorativos. O texto legal expressa sentido jurídico, apenas na medida em que se relaciona com essa realidade e para um órgão aplicador é o sentido da norma vigente, em um momento determinado, aquele que deve guiar a sua atuação.

Existe uma fronteira sutil que separa uma efetiva mudança de critério pelo órgão aplicador e a possível existência de uma qualificação do sentido jurídico de uns ou outros elementos fáticos que descartam a aparente identidade de duas situações; em tal caso, o critério precedente não muda, não seria, porém, aplicável.

Retomando o ponto de partida da reflexão esboçada nesse capítulo do trabalho, segundo o qual se as leis são o instrumento decisivo, ou pelo menos, um dos principais instrumentos capazes de garantir a igualdade na aplicação da lei, para que a atividade

jurisdicional seja efetiva, no sentido de resguardar a proteção da igualdade ao atribuir a justiça na solução dos conflitos sociais, aplicando a lei aos casos concretos, torna-se imprescindível que o debate político iniciado durante o processo de elaboração normativa se revista de legitimidade democrática, para que assim, as normas produzidas pelo legislativo possam trazer, no seu conteúdo, dentre outros aspectos, o respeito e a proteção ao princípio da igualdade, um dos fundamentos justificadores da atuação jurisdicional.

2 SISTEMA DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE ITALIANO: UMA ANÁLISE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Promulgada em 27 de dezembro de 1947, a Constituição da República Italiana vigorou a partir de 1º de janeiro de 1948, tendo-lhe sido atribuída uma rigidez normativa, com base na qual, as leis ordinárias não poderiam modificá-la ou derogá-la, garantindo-se, assim, a máxima hierarquia aos direitos e deveres reconhecidos constitucionalmente e às demais normas asseguradoras do equilíbrio entre os poderes do Estado.

A rigidez constitucional foi uma novidade trazida ao ordenamento jurídico italiano pela Constituição Republicana de 1948, visto que antes desse documento constitucional havia vigorado nesse sistema o Estatuto Albertino, de 04 de março de 1848, que se caracterizou por ser um típico exemplo de Constituição flexível (BIN; PITRUZZELLA, 2005, p.104–106), marcada pela idéia de que, sem a exigência de um *quorum* qualificado, tudo poderia ser modificado no texto Albertino, salvo o exercício coletivo do poder legislativo pelo Rei e pelas Câmaras Parlamentares, de Senadores e Deputados, conforme previsão contida no seu artigo 3º, que traz a seguinte redação: “Il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal Re e da due Camere: il Senato, e quella dei Deputati”.

Adotado o sistema concentrado de constitucionalidade com o objetivo de evitar qualquer forma de ressurgimento de um governo fascista¹ e graças à necessidade de um órgão regulador dos conflitos decorrentes da forma regional conferida ao Estado Italiano² a Constituição de 1948 previu a instituição da Corte Constitucional e, em linhas gerais, da sua composição, tendo sido delegadas a sucessivas leis constitucionais e ordinárias a disciplina mais específica desse órgão constitucional e suas respectivas atribuições.

As leis constitucionais, normas imediatamente inferiores à Constituição criadas com o objetivo de integrar o texto constitucional, aprovadas em dois turnos, pela maioria de cada

¹ Importante ressaltar que a adoção do controle concentrado de constitucionalidade demonstrou ser a solução mais oportuna em razão do caráter particular das questões acerca da constitucionalidade da norma, que implicavam escolhas de natureza política não solucionadas adequadamente pelos juízes. Assim, com o controle concentrado seria possível evitar decisões contraditórias, garantindo que um endereço uniforme e constante fosse adotado em relação a determinadas matérias. (CATELANI, 1993, p. 17-18).

² *No obstante, si interrogásemos a un constitucionalista italiano contemporáneo sobre la principal función desarrollada por la Corte Constitucional en los más de cuarenta años de actividad, la respuesta sería probablemente muy diversa. En estos años, en efecto, la Corte no há tenido grandes ocasiones de comprobar retornos autoritarios y su labor en la resolución de los conflictos entre el Estado y las regiones, aun cuando dotada de una cierta importância, nunca ha asumido un papel determinante.* (PIZZORUSSO, 2005, p. 98)

Casa Parlamentar, de acordo com a previsão contida no seu artigo 138, primeira parte³, deveriam estabelecer as formas e as condições de propositura do juízo acerca da legitimidade constitucional e, ainda, regulamentar as garantias de independência dos juízes da Corte.

Por sua vez, às leis ordinárias, aprovadas por maioria relativa em um turno de deliberação, e inferiores hierarquicamente às leis constitucionais, competia – e ainda compete – a previsão de outras normas necessárias para a constituição e funcionamento da Corte. Nesse contexto, tornava-se imprescindível ao efetivo funcionamento do sistema jurídico, que tais leis fossem aprovadas para garantir a eficácia e permitir a aplicabilidade do texto constitucional quanto a esta matéria.

A Sessão I, do Título VI, artigos 134 a 137, da Constituição Italiana, dispõe sobre a Corte Constitucional, cujos artigos serão oportunamente mencionados no decorrer deste trabalho, fazendo-se referência, neste momento, ao artigo 137, que prevê a importância das leis constitucionais e leis ordinárias para a regulamentação das matérias relacionadas à Corte Italiana:

Art. 137, CI: Una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, e le garanzie d'indipendenza dei giudici della Corte. Con legge ordinaria sono stabilite le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte. Contro le decisioni della Corte Costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione⁴.

Em fevereiro de 1948, a mesma Assembleia Constituinte que havia elaborado o texto da nova Constituição, se valendo da prorrogação por dois meses dos poderes dos quais estava investida, aprovou a Lei Constitucional Nº 01 de 1948, que determinou quem e como poderia ser provocada a atuação da Corte. Foram necessários, ainda, mais 05 (cinco) anos para que fossem aprovadas a Lei Constitucional Nº 01 e a Lei Ordinária Nº 87, ambas de 11 de março de 1953, que completariam, então, a regulamentação sobre o funcionamento e constituição da Corte Constitucional Italiana.

Além da tardia regulamentação da Constituição e funcionamento da Corte Constitucional Italiana por normas infraconstitucionais – leis constitucionais e ordinárias –, o início da atuação da Corte Italiana foi, também, prejudicado em razão da dificuldade

³ Art. 138, primeira parte, CI: *Le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali sono adottate da ciascuna Camera con due successive deliberazioni ad intervallo non minore di tre mesi, e sono approvate a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera nella seconda votazione.*

⁴ Artigo 137, Constituição Italiana: Uma lei constitucional estabelece as condições, as formas, os termos de propositura do juízo de legitimidade constitucional, e as garantias de independência dos juízes da corte. Com Contra as decisões da Corte Constitucional não é admitida qualquer impugnação.

encontrada pelo Parlamento em firmar o acordo para eleger, com a maioria requerida, os 05 (cinco) juízes integrantes da Corte que lhe competiam escolher, conforme previsão constitucional, que ocorreu somente em 1955.

A Corte se caracterizava por ser um órgão que se inseria ao sistema como um instrumento de contrapeso e de controle do parlamento e, portanto, tornava-se evidente a sua natureza política, principalmente porque o exercício do controle de constitucionalidade das leis implicava, e implica, numa reflexão acerca dos princípios informadores da Constituição pressupondo, nesse sentido, uma análise da constitucionalidade material das normas, além daquela formal; deve-se acrescentar a esta observação, o fato de que algumas normas constitucionais, elaboradas em linhas gerais pelo constituinte originário, clamavam por uma interpretação mais específica, uma interpretação concreta, sendo inevitável a presença de um componente político no juízo de constitucionalidade das leis. No entanto, a despeito desta sua natureza política, o órgão constitucional deveria ter, na sua composição, juízes nomeados também pela sua capacidade técnico-jurídica e não apenas política. (CATELANI, 1993, p. 20–21).

Sob este cenário, a dificuldade encontrada pelas Câmaras Parlamentares, de Deputados e Senadores, em firmar o acordo para definir os juízes que lhe competiam constitucionalmente escolher, residiu no contraste entre as forças políticas governantes e as forças de oposição da esquerda, de acordo com o discurso proferido por Livio Paladin, pela ocasião da comemoração dos 30 (trinta) anos da Corte Constitucional⁵.

Assim, a Corte Constitucional Italiana realizou a primeira audiência pública, presidida por Enrico De Nicola, apenas em 23 de abril de 1956. A discussão estabelecida nessa primeira audiência pública realizada pela Corte se relacionava a um conflito hierárquico de normas fundadas em bases axiológicas distintas, visto que a Constituição de 1948 institucionalizou uma nova realidade jurídico-política, com fundamento na social democracia, rompendo, enfim, com um *status quo* marcado pelo fascismo. De um lado, a liberdade de manifestação do pensamento insculpida no texto constitucional de 1948 e, de outro, a lei de segurança pública de 1931. Enfatizou-se tal discussão à época, exatamente porque grande parte das leis que compunham o ordenamento jurídico e que ainda estavam em vigor, era resquício do Estado fascista italiano e impedir que a Corte exercesse o controle de constitucionalidade

⁵A íntegra do discurso está disponível em: <http://www.corte-costituzionale.org/informazione/interventi_dei_presidenti/interventideipresidential1981a1990/1986_1/relazioniannuali_1986_1.asp>. Acesso em: 16 jun. 2009.

dessas leis seria coibir a efetiva aplicação do novo texto constitucional. (BIGNAMI, 1997, p. 181–182).

Nesse contexto, a Corte Italiana entendeu que todas as leis, anteriores ou posteriores à Constituição, poderiam ter sua constitucionalidade analisada e, declarada a sua anulação, caso incompatíveis a Lei Fundamental.

A questão submetida à análise da Corte se relacionava à constitucionalidade da Lei nº 773, datada de 18 de junho de 1931, conhecida como lei de segurança pública do país, mais especificamente no seu artigo 113, o qual exigia autorização da polícia para a afixação de manifesto ou distribuição de folhetos e, ainda, punia a distribuição ou afixação não previamente autorizadas, servindo-lhe de parâmetro de verificação de constitucionalidade a norma contida no artigo 21 da Constituição Italiana, garantidora da liberdade de manifestação do pensamento.

Sob este contexto, foi proferida a histórica Sentença nº 1, de 14 de junho de 1956⁶, sob a Presidência de Enrico de Nicola e de Relatoria de Gaetano Azzariti, que declarou inconstitucional o artigo 113 da lei de segurança pública do país de 1931, servindo esta decisão de precedente para várias outras que também tiveram por objetivo harmonizar o ordenamento jurídico italiano, ao dele retirar as normas obsoletas e inadequadas ao novo contexto jurídico-político, iniciado a partir da Constituição de 1948⁷.

Uma questão interessante enfrentada a partir da concepção da Corte Constitucional no sistema jurisdicional-constitucional italiano, e também a partir da escolha daqueles que exerceriam a função de juízes constitucionais, se relacionava à natureza deste órgão, se política ou jurídica.

Ao mesmo tempo em que alguns admitiam que a finalidade da Corte dever-se-ia limitar a confrontar, em termos estritamente jurídicos, duas normas e, então, proferir uma decisão justa adequada aos valores que fundamentam o ordenamento jurídico italiano, outros entendiam que a Corte Constitucional integrava o sistema como um instrumento político de preservação e defesa da separação dos poderes, principalmente no que tange à atuação do parlamento no exercício de suas atribuições constitucionais.

⁶ Nessa sentença, proferida em sede de via incidental de constitucionalidade, a Corte Italiana afirmou a própria competência para julgar controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos com força de lei, ainda se anteriores à entrada em vigor da Constituição. E declarou ilegítimo o artigo 113, da Lei nº 773/1931 – Lei de Segurança pública do país – por colidir com o artigo 21 da Constituição Italiana, que prevê a liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de imprensa.

⁷ Disponível em: < <http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 22 de julho de 2008.

Esse problema, definitivamente, não foi enfrentado pelos constituintes os quais, como bem admitiu Catelani (CATELANI,1993, p.31) nos termos que abaixo seguem, optaram por não definir a natureza jurídica da Corte Constitucional entendendo ser mais oportuno que a evolução do sistema e a legislação sucessiva, criada para regulamentar a atuação de tal órgão constitucional, se encarregassem de especificar a sua atuação como política ou jurídica:

Os constituintes, na verdade, optaram por não escolher um sistema determinado, preferiram deixar aberta a solução sobre o tipo de função que a Corte poderia desenvolver. Não se quer qualificar o órgão de modo definitivo, é mais oportuno deixar à evolução do sistema a qualificação definitiva do órgão. O endereço que a Corte deveria assumir poderia depender da legislação sucessiva criada para disciplinar a constituição e o funcionamento da Corte, e talvez numa medida maior, poderia ser relacionado ao modo com o qual a mesma Corte opera concretamente.

2.1 Organização

A composição da Corte Constitucional Italiana está prevista na norma constitucional contida no artigo 135, que determina que 15 (quinze) serão os juízes constitucionais para o exercício da função de guardiães da Constituição pelo período improrrogável de 09 (nove) anos⁸, independentemente da comprovação de idade mínima ou máxima e que deverão demonstrar não apenas conhecimento técnico-jurídico, como também deverão trazer consigo a imparcialidade e independência como elementos fundamentais para a sua legítima atuação, sem ignorar, ainda, a importância de uma cultura diversificada, inclusive política, e de sensibilidade para a apreciação dos casos que serão submetidos à sua análise⁹.

A indicação dos juízes que integram a Corte obedece à harmonia e à separação das funções legislativa, executiva e judiciária, princípio esse basilar de um estado democrático, respeitando um critério proporcional de escolha e eleição em razão do qual o Presidente da República, o Parlamento *‘in seduta comune’*– as duas casas reunidas, a Câmara dos Deputados e o Senado da República – e as Cortes Supremas Ordinária e Administrativa definem, cada qual, um terço dos membros da Corte Constitucional, provenientes dentre:

⁸ Art. 135, 1ª, 2ª e 3ª parte: *La Corte costituzionale è composta di quindici giudici nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrative.*

I giudici della Corte costituzionale sono scelti tra i magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrative, i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo venti anni d'esercizio.

I giudici della Corte costituzionale sono nominati per nove anni, decorrenti per ciascuno di essi dal giorno del giuramento, e non possono essere nuovamente nominati.

⁹ Disponível em: <http://www.corte-costituzionale.org/istituzione/lacorte/cosaelacorte/pag_04.asp>. Acesso em: 15 de junho de 2009.

magistrados – ainda que aposentados–, professores universitários das ciências jurídicas e advogados com mais de 20 (vinte) anos de exercício da profissão¹⁰.

Em relação às Cortes Supremas, Ordinária e Administrativa, os 05 (cinco) juízes constitucionais deverão ser eleitos por um colégio de magistrados formado em cada uma das três Cortes Supremas, sendo que: *i*) à Corte de Cassação (Corte Suprema competente para processar e julgar matérias ordinárias) caberá a escolha de 03 (três) juízes, através da votação de um colegiado do qual fazem parte o Presidente da Corte de Cassação, que o preside, o procurador-geral, os presidentes das seções, os advogados gerais, os conselheiros e o procurador geral substituto da Corte de Cassação; *ii*) ao Conselho de Estado (Corte Suprema competente para processar e julgar matérias de ordem administrativa) cabe a escolha de 01 (um) juiz, através de um colegiado do qual fazem parte o Presidente do Conselho de Estado, que o preside, os presidentes de Seções e os Conselheiros do Conselho de Estado; e, por fim, *iii*) à Corte de Contas (Corte Suprema competente para processar e julgar matéria contábil) cabe a escolha de também 01 (um) juiz, por intermédio de um colegiado composto pelo Presidente da Corte de Contas, que o preside, os presidentes das Seções, os Conselheiros, o procurador geral e o viceprocurador geral da Corte de Contas. Os componentes dos colegiados podem votar num número igual de candidatos àquele que será eleito pelo voto da maioria absoluta dos seus membros¹¹.

Os juízes constitucionais escolhidos pelos membros das Cortes Supremas Ordinária, Administrativa e Contábil são juízes que estão a serviço ou aposentados da magistratura, provenientes das próprias Casas que o escolheram, portanto, de qualificada experiência judicial e, presume-se, desvinculados de influência de órgãos políticos na sua indicação.

¹⁰ A Corte Constitucional Italiana atualmente está composta por: Francesco Amirante, Presidente desde 25 de fevereiro de 2009, eleito pela Corte de Cassação; Ugo De Siervo, Vice-Presidente desde 25 de fevereiro de 2009, professor universitário eleito pelo Parlamento; Paolo Maddalena, eleito pela Corte de Contas; Alfio Finocchiaro, eleito pela Corte de Cassação; Alfonso Quaranta, eleito pelo Conselho de Estado; Franco Gallo, professor universitário indicado pelo Presidente da República; Luigi Mazzella, advogado eleito pelo Parlamento; Gaetano Silvestri, professor universitário eleito pelo Parlamento; Sabino Cassese, professor universitário indicado pelo Presidente da República; Maria Rita Saulle, professora universitária indicada pelo Presidente da República; Giuseppe Tesauo, professor universitário indicado pelo Presidente da República; Paolo Maria Napolitano, conselheiro do Estado eleito pelo Parlamento; Giuseppe Frigo, advogado eleito pelo parlamento; Alessandro Criscuolo, presidente de Seção da Corte de Cassação, eleito pela Corte de Cassação e Paolo Grossi, professor indicado pelo Presidente da República. Pesquisa Disponível em: www.cortecostituzionale.it Acesso em: 04 de maio de 2010.

¹¹ Apesar da Constituição Italiana não fazer referência, a norma contida no art. 2, I c., da Lei nº 87 de 11 de março de 1953 prevê que a Corte Suprema deve eleger os indicados à composição da Corte Constitucional de modo que: 03 (três) da Corte de Cassação, 01 (um) do Conselho de Estado e 01 (um) da Corte de Contas. Assim, o Chefe do Executivo *indica* os juízes constitucionais enquanto que o Parlamento e o Judiciário fazem *eleição* para a definição daqueles que serão os titulares desse cargo.

Não significa afirmar, entretanto, que tal influência inexista por completo, pois pode ser que as escolhas feitas pelos Colegiados tenham sofrido influência externa política, bem como tais magistrados, a despeito de escolhidos pelas Cortes Supremas da Magistratura italiana, podem atuar no exercício da jurisdição constitucional, levando em consideração critérios políticos e não necessariamente técnico-jurídicos.

Os juízes escolhidos pelo parlamento, eleitos mais entre professores e advogados, mas não excluídos os magistrados¹², talvez melhor defendam a pluralidade que marca a assembleia representativa, principalmente porque sua indicação decorre de acordo político firmado entre a maioria parlamentar e a oposição.

E, por fim, o Chefe de Estado, último a indicar os 05 (cinco) juízes constitucionais¹³, depois de observadas, sucessivamente, as eleições pela Magistratura e pelo Parlamento, exerce uma função de integração e de equilíbrio, posto que sua escolha deve refletir a pluralidade política, jurídica e cultural do país, representada nas pessoas dos indicados. (RUGGERI; SPADARO, 2001, p. 58).

Para que os juízes constitucionais escolhidos ou eleitos possam exercer regularmente suas funções é preciso que sejam satisfeitas duas condições essenciais: primeiro, cabe à Corte convalidar suas indicações analisando a obediência aos requisitos subjetivos exigidos de qualificação profissional e, então, deverá, como segunda condição, ser prestado o juramento das mãos do Presidente da República, na presença dos Presidentes das duas Casas Legislativas, evento específico a partir de quando começa a fluir o curso dos seus mandatos. (RUGGERI; SPADARO, 2001, p. 63).

Essa função de juiz da Corte Constitucional, conforme previsão do artigo 135, VI, da Constituição Italiana¹⁴, é incompatível com a de membro do Parlamento, membro de Conselho Regional, e com a profissão de advogado e, ainda, com outras atribuições contidas no artigo 7º, da Lei Nº 87 de 1953¹⁵, que determina que os juízes não podem assumir ou

¹² Desde 1956, o Parlamento escolheu 15 (quinze) nomes para integrar a Corte Constitucional, dentre 07 (sete) professores, 06 (seis) advogados e 02 (dois) integrantes da Corte de Cassação e do Conselho de Estado. Informação Disponível em: <<http://www.corte-costituzionale.org/composizione/giudicocostituzionali/giudici.asp>>. Acesso em: 16 de junho de 2009.

¹³ Lei Nº 87/1953: Artigo 1º *La Corte Costituzionale è composta di quindici giudici nominati, in ordine successivo, cinque dalle supreme magistrature ordinaria e amministrative, cinque dal Parlamento in seduta comune, cinque dal Presidente della Repubblica.*

¹⁴ Art. 135, parte VI, CI: *L'ufficio di giudice della Corte è incompatibile con quello di membro del Parlamento, di un Consiglio regionale, con l'esercizio della professione di avvocato e con ogni carica ed ufficio indicati dalla legge.*

¹⁵ Art. 7, Lei 87/53: *I giudici della Corte costituzionale non possono assumere o conservare altri uffici o impieghi pubblici o privati, né esercitare attività professionali, commerciali o industriali, funzioni di*

conservar outros ofícios ou empregos públicos ou privados, nem exercer atividade profissional, comercial ou industrial, funções de administrador ou de síndico de sociedade com finalidade lucrativa e, durante o período em que integrarem a Corte, não poderão exercer suas profissões anteriores ao ingresso na Corte, assim como não poderão desenvolver atividades relacionadas a uma associação ou a um partido político.

Em relação à Presidência da Corte Constitucional, o seu titular é escolhido em escrutínio secreto e por voto da maioria absoluta dos seus integrantes –, eleito dentre os mais antigos investidos no cargo de juízes constitucionais – para, num período de 03 (três) anos e, admitida a recondução, representar a Corte Constitucional como a quarta autoridade do Estado, sendo as demais, a de Presidente da República, Presidente do Conselho e Presidente das duas Casas Legislativas: Câmara dos Deputados e Senadores¹⁶.

Internamente, em relação ao exercício das atividades jurisdicionais, o Presidente não possui autoridade diversa da dos outros juízes que compõem a Corte Constitucional, salvo no caso de empate de votos, quando terá o poder de desempate. Além disso, tem competência para distribuir, entre os juízes, a relatoria das causas em julgamento e, não apenas fixar o calendário dos trabalhos no órgão colegiado, como também convocá-los e dirigi-los, dentre outros. Por motivo de ausência ou impedimento, o Vice Presidente o substituirá¹⁷.

Por fim, ao todo, as fontes que disciplinam toda a organização da Corte Constitucional e suas funções são: a Constituição Federal, mais especificamente os artigos 127 e 134 a 137; Leis Constitucionais N° 01, de 09 de fevereiro de 1948, N° 01, de 11 de março de 1953 e N° 02, de 22 de novembro de 1967; Leis Ordinárias N° 87, de 11 de março de 1953 e N° 400, de 23 de agosto de 1988; Normas integrativas para os julgamentos perante a Corte

amministratore, o sindaco in società che abbiano fine di lucro. Durante il periodo di appartenenza alla Corte costituzionale i giudici che siano magistrati in attività di servizio, o professori universitari, non potranno continuare nell'esercizio delle loro funzioni. Essi saranno collocati fuori ruolo per tutto il periodo in cui restano in carica e fino a quando non raggiungano i limiti di età per essere collocati a riposo. All'atto della cessazione dalla carica di giudici della Corte costituzionale i professori universitari ordinari vengono riammessi in ruolo in soprannumero, nella sede già occupata. Entro tre mesi dalla avvenuta riammissione in ruolo universitario possono, tuttavia, essere chiamati in soprannumero da altra Facoltà della medesima o di altra sede. In ogni caso le Facoltà possono chiedere, con il consenso degli interessati, che i professori stessi siano assegnati ad insegnamento di materia diversa ai sensi dell'art. 93, terzo e quarto comma, del testo unico sull'istruzione superiore approvato con regio decreto 31 agosto 1933, n. 1592. In tal caso il Ministero della pubblica istruzione è tenuto a sentire la sezione prima del Consiglio superiore della pubblica istruzione. I giudici della Corte costituzionale non possono far parte di commissioni giudicatrici di concorso, ne ricoprire cariche universitarie e non possono essere Candidati in elezioni amministrative o politiche.

¹⁶ Artigo 135, parte V e VI, CI: *La Corte elegge tra i suoi componenti, secondo le norme stabilite dalla legge, il Presidente, che rimane in carica per un triennio, ed è rieleggibile...*

¹⁷ Informação Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 16 de junho de 2009.

Constitucional de 07 de outubro de 2008 e 16 de março de 1956 e o Regulamento Geral da Corte Constitucional de 20 de janeiro de 1966.

2.2 Competência

O Estado Regional Italiano se organiza com base num complexo sistema de autonomia dos entes regionais e locais ao lado do poder central do Estado, em razão do qual as regiões são investidas no poder de elaborar leis, enquanto que os entes locais são titulares apenas do poder regulamentar.

A autonomia dos entes locais tem sua definição nas leis gerais do Estado, enquanto que a dos entes regionais está prevista na Constituição Italiana (BIN; PITRUZZELLA, 2005, p. 247–248), mais especificamente no título V, da parte II, referente à organização político-administrativa do Estado Italiano, que disciplina as competências dos entes do Estado Regional Italiano, garantindo-lhes a harmonia e o equilíbrio necessários para o exercício das suas atribuições.

Nesse contexto de descentralização político-institucional, o artigo 134 da Constituição Italiana prevê como competência da Corte Constitucional, julgar sobre: as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e atos com força de lei do Estado e das Regiões; os conflitos de competência entre os poderes do Estado, entre os poderes das Regiões, bem como aqueles surgidos entre os poderes do Estado e das Regiões; decidir sobre as acusações promovidas contra o Presidente da República¹⁸; e, ainda, julgar a admissibilidade dos pedidos de referendo revogatório, que podem ser apresentados por 500 (quinhentos) mil eleitores ou por 05 (cinco) Conselhos Regionais, de acordo com o artigo 75, da CI¹⁹.

O rol de competências do Órgão de jurisdição constitucional é marcado por diversificadas funções, possibilitando que uma norma seja objeto de julgamento em procedimentos constitucionais distintos, conforme o contexto político-jurídico no qual se

¹⁸ Artigo 134, Constituição Italiana: *La Corte Costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione.*

¹⁹ Art. 75, CI: *È indetto referendum popolare per deliberare l'abrogazione, totale o parziale, di una legge o di un atto avente valore di legge, quando lo richiedono cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. Non è ammesso il referendum per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali. Hanno diritto di partecipare al referendum tutti i cittadini chiamati ad eleggere la Camera dei deputati. La proposta soggetta a referendum è approvata se ha partecipato alla votazione la maggioranza degli aventi diritto, e se è raggiunta la maggioranza dei voti validamente espressi. La legge determina le modalità di attuazione del referendum.*

revela o seu vício de ilegitimidade, isto é, seja em via incidental, em via de ação ou em sede de conflito de atribuições entre os poderes.

Além disso, o constituinte originário foi sucinto ao prever as funções da Corte Constitucional, remetendo, então, de acordo com a previsão contida no artigo 137 do texto constitucional italiano²⁰, a uma Lei Constitucional – nº 1/1948 – e a uma Lei Ordinária – nº 87/1953, a regulamentação das condições, formas e termos dentro dos quais o juízo acerca da legitimidade constitucional de uma norma poderá ser exercido.

Em relação à competência de controle da compatibilidade das normas ao texto fundamental, a Lei Constitucional nº 01, de 09 de fevereiro de 1948, (que dispõe normas sobre juízo de legitimidade constitucional e as garantias de independência da Corte Constitucional), e a Lei nº 87, de 11 de março de 1953, (que dispõe normas sobre a constituição e o funcionamento da Corte Constitucional), respectivamente, em seus artigos 1º e 23, prevêm que a questão acerca da constitucionalidade de uma lei ou de um ato com força de lei pode ser remetida à Corte Constitucional, em via incidental de controle de constitucionalidade, de ofício, pelo Ministério Público, ou, ainda, por uma das partes interessadas de um processo em trâmite perante o Judiciário, desde que assim entenda necessário o juízo competente para processar e julgar o caso *sub judice*. Ressalte-se que a ordenança que rejeita a exceção de ilegitimidade constitucional, deve ser motivada, podendo, inclusive, ser a questão reproposta posteriormente no início de cada instância ou grau do processo. (artigo 24, Lei nº 87/1953²¹)

Isto é, a questão de legitimidade constitucional surge como um incidente processual, ocasionando a suspensão do curso regular do processo, para ser remetida à Corte Constitucional, órgão competente para dirimir a dúvida em relação à constitucionalidade da lei ou ato normativo com força de lei que deve reger o caso concreto que provocou o ajuizamento da ação principal perante o órgão judiciário.

No que tange às controvérsias relativas à legitimidade constitucional dos atos com força de lei, importante observar que estes compreendem os decretos-leis – provimentos

²⁰ Art. 137, CI: *Una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, e le garanzie d'indipendenza dei giudici della Corte. Con legge ordinaria sono stabilite le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte.*

Contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione.
²¹ Artigo 24, Lei Nº 87/1953. *L'ordinanza che respinga la eccezione di illegittimità costituzionale per manifesta irrilevanza o infondatezza, deve essere adeguatamente motivata. L'eccezione può essere riproposta all'inizio di ogni grado ulteriore del processo.*

provisórios adotados pelo Executivo em casos extraordinários de necessidade e urgência, que perdem a eficácia desde o início da sua vigência se não forem convertidos em lei dentro de 60 (sessenta) dias contados a partir da sua publicação (art. 77, CI²²) – e os decretos legislativos – que se configuram quando da delegação da função legiferante ao Executivo, sendo previamente definidos o objeto, os princípios e os critérios direcionadores para o exercício dessa função, que se realizará por um tempo determinado previamente na lei de delegação (art. 76 CI²³) –, os quais são autorizados a inovar o direito objetivo na mesma medida e do mesmo modo que uma lei formal, bem como podem atuar na regulamentação de matérias reservadas a uma lei formal.

De acordo com os ensinamentos de Zagrebelsky (ZAGREBELSKY, 1988, p.102), além do decreto legislativo e do decreto lei, também são definidos como atos com força de lei por analogia: as leis regionais; as leis das províncias autônomas de Trento e Bolzano; os decretos legislativos de anistia e indulto; os decretos legislativos de atuação dos estatutos regionais especiais e os estatutos das regiões.

Nesse sentido, os requisitos necessários para o exercício do controle incidental de constitucionalidade no sistema italiano são:

→ de acordo com Crisafulli, (CRISAFULLI, 1984. p. 389) o incidente deve ser remetido à Corte pelo juiz responsável para julgar a lide estabelecida em concreto, no curso do processo. Note-se que tal juiz não está autorizado para simplesmente deixar de aplicar a norma tida como inconstitucional, podendo, apenas, duvidar da sua legitimidade e remeter a questão para a análise da Corte, deixando em suspenso sua aplicação (artigo 23, Lei Nº 87/1953);

→ a norma impugnada deve ser uma lei ou ato normativo com força de lei estatal, regional, ou ainda, proveniente das províncias de Trento ou Bolzano (artigo 23, Lei Nº 87/1953);

²² Art. 77: *Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria.*

Quando, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni.

I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione...

²³ Art. 76, CI: *L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti.*

→ devem ser indicadas as disposições constitucionais ou das leis constitucionais que se entende violadas (artigo 23, Lei nº 87/1953)²⁴;

→ o controle da Corte recai sobre a legitimidade constitucional formal, material, ou ambas, da norma impugnada, inexistindo a possibilidade deste controle ser exercido com base na análise do critério político de oportunidade em relação à norma questionada. Frisa-se que as normas referentes ao processo legislativo podem ser objeto de análise da Corte desde que impliquem ofensa aos preceitos constitucionais unicamente, e não aos regulamentos parlamentares, tendo em vista que estes se constituem em matéria *interna corporis*, e matéria *interna corporis* não se submete à apreciação da Corte (Sentença Constitucional n. 154, 23 de maio de 1985)²⁵.

Por outro lado, analisando o artigo 2º deste mesmo documento normativo combinado com o artigo 127, insculpido no texto constitucional, verificamos ser via de ação do controle constitucional italiano, a competência da Corte Constitucional julgar quando o Governo, entendendo que uma lei regional exceda a competência de uma Região, promova a questão de legitimidade constitucional, no prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir da publicação da norma; e, por sua vez, quando a Região admitir que uma lei ou ato com força de lei do Estado ou de uma outra Região invada sua esfera de competência, promova a questão de legitimidade no prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir da publicação da norma impugnada. É assim que preceitua, *in literis*, o dispositivo constitucional acima mencionado:

Artigo 127 O Governo, quando considera que uma lei regional exceda a competência da Região, pode promover a questão de legitimidade constitucional perante a Corte Constitucional dentro de sessenta dias a partir da sua publicação.

²⁴ Art.23, Lei 87/53: *Nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale una delle parti o il Pubblico Ministero possono sollevare questione di legittimità costituzionale mediante apposita istanza, indicando: a) le disposizioni della legge o dell'atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, viziate da illegittimità costituzionale; b) le disposizioni della Costituzione o delle leggi costituzionali, che si assumono violate. L'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso. La questione di legittimità costituzionale può essere sollevata, di ufficio, dall'autorità giurisdizionale davanti alla quale verte il giudizio con ordinanza contenente le indicazioni previste alle lettere a) e b) del primo comma e le disposizioni di cui al comma precedente...*

²⁵ Nessa decisão, a Corte declarou inadmissível a questão de legitimidade proposta pela Corte de Cassação, por entender que se tratava de matéria *interna corporis*, não relacionada ao objeto do controle de constitucionalidade, a apreciação da compatibilidade constitucional dos Regimentos da Câmara dos Deputados e dos Senadores aos dispositivos constitucionais.

A Região, quando considera que uma lei ou um ato com força de lei do Estado ou de outra Região ofenda a sua esfera de competência, pode promover a questão de legitimidade constitucional dentro de sessenta dias da publicação da lei ou ato com força de lei.²⁶

Para a verificação da legitimidade constitucional das normas, a Corte adota como parâmetro de julgamento as normas previstas na Constituição e nas leis constitucionais, mas também outras normas infraconstitucionais referidas no próprio texto normativo. É o chamado parâmetro interposto, que se caracteriza pela violação indireta às normas constitucionais, e se configura, por exemplo, quando o decreto legislativo elaborado não respeita a lei prevista implicitamente no texto constitucional, no seu artigo 76, que delegou ao Presidente da República a competência para editá-lo.

Uma terceira atribuição da Corte é o julgamento da admissibilidade do referendo revogatório, quanto à forma e quanto à matéria, notando-se que o artigo 75 da Constituição Italiana prevê o *referendum* popular para deliberar sobre a abrogação, total ou parcial, de uma lei ou ato com força de lei, quando o subscreverem 500 (quinhentos) mil eleitores, cidadãos no exercício da sua capacidade eleitoral ativa, ou 05 (cinco) Conselhos Regionais, não sendo admitido o referendo para leis tributárias, leis de anistia ou indulto, ou, ainda, para autorizar a ratificação de tratados internacionais.

Cabe também à Corte exercer a função ‘especial’ de julgar através das suas duas Casas e por decisão da maioria absoluta dos seus membros (artigo 90, CI), as acusações promovidas pelo Parlamento contra o Chefe de Estado, por atos praticados dolosamente contra a Constituição ou considerados de alta traição, que caracterizam responsabilidade penal-constitucional e configuram violação ao artigo 91, CI, que determina que o Presidente da República, antes de assumir as suas funções, jura fidelidade à República e de observância à Constituição diante do Parlamento *in seduta comune* – ambas as Casas reunidas²⁷.

²⁶Artigo 127, *Costituzione Italiana: Il Governo, quando ritenga che una legge regionale ecceda la competenza della Regione, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione.*

La Regione, quando ritenga che una legge o un atto avente valore di legge dello Stato o di un'altra Regione leda la sua sfera di competenza, può promuovere la questione di legittimità costituzionale entro sessanta giorni dalla pubblicazione della legge o dell'atto avente valore di legge.

²⁷Art. 90, CI: *Il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione.*

In tali casi è messo in stato di accusa dal Parlamento in seduta comune, a maggioranza assoluta dei suoi membri.

Art. 91, CI: *Il Presidente della Repubblica, prima di assumere le sue funzioni, presta giuramento di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione dinanzi al Parlamento in seduta comune.*

Estes atos, que geram sanções penais, constitucionais, administrativas e civis, se configuram como alta traição quando praticados contra a personalidade internacional do Estado e atentatórios a Constituição, neste caso, quando objetivam, por exemplo, alterar a forma de Estado ou de Governo. (RUGGERI; SPADARO, 2001. p. 411–428).

A par desse panorama das atribuições da Corte Constitucional Italiana, podemos definir como objeto do controle de constitucionalidade as seguintes normas:

→ leis ou atos com força de lei do Estado, das Regiões, ou ainda, proveniente das províncias de Trento ou Bolzano, cuja legitimidade constitucional se questiona em via incidental;

→ leis ou atos com força de lei do Estado e das Regiões que excedam suas competências constitucionalmente definidas, em via de ação.

2.3 Tipos de Decisões Constitucionais e seus Efeitos

As decisões da Corte Constitucional Italiana se apresentam, conforme a Lei n. 87, de 11 de março de 1953, sob três tipos de provimentos: sentença, ordenança e decreto.

As sentenças são decisões por excelência, com motivação de fato e de direito, proferidas pela rejeição ou acolhimento da ilegitimidade constitucional normativa, aprovadas ‘a portas fechadas’ – *Camera di Consiglio* – por todos os juízes que participaram das audiências públicas relacionadas à causa e pronunciadas em nome do povo italiano. Vale destacar, que os juízes votam ‘a portas fechadas’ apenas a parte dispositiva da decisão, cabendo ao relator do processo redigir a motivação da decisão que será posteriormente aprovada pelos juízes reunidos em *Camera di Consigli*.

As ordenanças são provimentos meramente instrumentais adotadas com o objetivo de garantir o regular desenvolvimento do processo, através de provimentos interlocutórios Crisafulli (1984, p. 376), proferidos sempre que constatada a inadmissibilidade da provocação da Corte ou, então, quando manifestamente infundada a alegação suscitada perante este Órgão constitucional; são aprovadas pelos juízes reunidos em *Camera di Consiglio* e caracterizadas pelo fato de serem sucintamente motivadas (BIN; PITRUZZELLA, 2005, p.412–413).

Os decretos, por sua vez, são atos não motivados, praticados individualmente pelo Presidente da Corte Constitucional, para fins de organização interna da Corte.

Além da forma sob as quais estas decisões podem se apresentar é importante observarmos o conteúdo que podem produzir e, para tanto, torna-se imprescindível distinguir

as decisões que discutem o mérito da questão submetida à apreciação da Corte, enfrentando e decidindo sobre a sua legitimidade constitucional, e que devem se apresentar sob a forma de sentença, contendo decisões definitivas, daquelas de caráter meramente terminativo, que não examinam o mérito da questão de legitimidade constitucional e, nesse sentido, devem ser formalizadas como ordenanças, a despeito de extinguirem, todo modo, o processo constitucional.

2.3.1 Decisões Terminativas

As decisões proferidas pela Corte que extinguem o processo, mas não analisam o mérito da questão acerca da constitucionalidade de uma norma, em regra, se apresentam sob a forma de ordenança.

Ocorre, porém, muitas vezes, um uso indiscriminado da sentença e da ordenança, pois não poucas decisões terminativas do processo, isto é, que não enfrentam o mérito da discussão, adotam um caráter substancialmente decisório e tendem a encerrar o julgamento do mérito da questão de legitimidade constitucional numa pronúncia equivalente a de rejeição de inconstitucionalidade, mitigando-se, assim, a regra da norma insculpida no artigo 18, da Lei Nº 87/1953, redigida nos termos que seguem abaixo:

Artigo 18. A Corte julga em via definitiva com sentença. Todos os outros provimentos de sua competência são adotados por meio de ordenança. Os provimentos do Presidente são adotados por meio de decreto. As sentenças são pronunciadas em nome do povo italiano e devem conter, além dos motivos de fato e de direito, o dispositivo, a data da decisão e a assinatura dos juízes e do chanceler. As ordenanças são sucintamente motivadas.²⁸(grifei)

É o que acontece, por exemplo, de acordo com os ensinamentos de Crisafulli (1984, p. 377), nas seguintes hipóteses *infra* transcritas:

a) Quando, em via incidental e de ação, através de ordenança de manifesta *infondatezza*²⁹ a Corte põe fim ao processo ao confirmar uma precedente pronúncia de *infondatezza* proferida em anterior julgamento ou, quando apesar da discussão trazer questão

²⁸ Art. 18, Lei N 87/1953: 18. *La corte giudica in via definitiva con sentenza. Tutti gli altri provvedimenti di sua competenza sono adottati con ordinanza. I provvedimenti del Presidente sono adottati con decreto. Le sentenze sono pronunciate in nome Del popolo italiano e debbono contenere, oltre alla indicazione dei motivi di fatto e di diritto, il dispositivo, La data della decisione e la sottoscrizione dei giudici e del cancelliere. Le ordinanze sono succintamente motivate.*

²⁹ As decisões de manifesta *infondatezza* confirmam a rejeição ou acolhimento de questão idêntica ou análoga já decidida anteriormente. RUGGERI, 2001, p. 182.

nova, essa é idêntica ou análoga a outra anteriormente decidida, no mesmo sentido da sua não fundamentação (artigo 29, Lei nº 87/1953³⁰);

b) Quando através de ordenança de manifesta *infondatezza*, de conteúdo meramente terminativo, a Corte extingue o processo, em via de ação e incidental, porque as questões trazidas para sua apreciação são as mesmas relacionadas às normas já anteriormente declaradas ilegítimas pelo órgão jurisdicional constitucional;

c) Ou, ainda, quando através de ordenança proferida em via incidental pela Corte, são restituídos os atos praticados pelo juiz *a quo* que remeteram questão acerca da legitimidade constitucional de uma lei ou ato normativo, para um novo e mais completo exame acerca da relevância dessa questão, pelo próprio juiz *a quo*. Este processo é encerrado porque ainda que a mesma questão seja reproposta será iniciado um novo processo.

Mas, além disto, a Corte pronuncia, em algumas ocasiões, sob a forma de sentença, as decisões de inadmissibilidade do processo quando faltarem os pressupostos necessários para o conhecimento e julgamento do mérito da questão, estabelecendo uma análise meramente instrumental³¹ ou, ainda, quando não estiverem presentes as condições preliminares do próprio mérito gerando a preclusão da análise da questão proposta, nas situações que segundo (BIN; PITRUZZELLA, 2005, p. 428–429; ONIDA; D’AMICO, 1998, p. 267–268), abaixo seguem:

i) Quando faltarem os requisitos subjetivos e objetivos para legitimar a remessa da questão de constitucionalidade, ou seja, quando esta não tenha sido remetida pelo juízo competente para processá-la e julgá-la;

ii) Quando o ato impugnado não conste naquele rol indicado no artigo 134 da Constituição Italiana, supra mencionado. Este defeito pode ser evidente e questionado em *limine litis*; nestes casos, a manifesta inadmissibilidade será decidida a portas fechadas pelos

³⁰ Artigo 29, Lei N 87/1953: 29. *La sentenza con la quale la Corte si pronunzia sLopez Ulla questione di illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge o l’ordinanza con la quale è dichiarata la manifesta infondatezza dell’eccezione di incostituzionalità, vengono trasmesse, entro due giorni dal loro deposito in Cancelleria, unitamente agli atti, all’autorità giurisdizionale, che ha promosso il giudizio, a cura del cancelliere della Corte.*

³¹ Cerri afirma que “*mentre le decisioni di accoglimento sono adottate sempre con sentenza, le decisioni di rigetto e d’inammissibilità sono adottate con sentenza solo quando la ragione che le sostiene no sia così <<palese>> da non poter essere motivata succintamente... ma da esigere motivazione diffusa*”. (CERRI, 1997, p. 110).

Ou, em outras palavras, se a Corte entende que a questão é manifestamente infundada, essa decisão é formalizada sob a estrutura de ordenança, enquanto que adotará a forma de sentença de mérito proferida pela rejeição da inconstitucionalidade normativa quando a questão de ilegitimidade não for fundamentada, simplesmente. (ONIDA, 1998, p 272).

juízes constitucionais, sem o procedimento da audiência pública, e declarada com uma *ordinanza*. Em outros casos, a falta de força de lei pode ser a conclusão de uma difícil valoração e constituir o objeto de uma discussão estabelecida em uma audiência pública como, por exemplo, a questão de impugnação dos regulamentos parlamentares, devendo ser, nestes casos, diretamente inaplicados pelo juiz. Nestas situações, a inadmissibilidade será declarada com sentença;

iii) Quando faltar o requisito da relevância, nas situações em que carece de motivação a questão levantada sobre a existência do vício de inconstitucionalidade normativa – que pode ser sanado após a restituição do ato ao juiz *quo* –, ou então, quando a norma objeto de questionamento quanto à sua legitimidade constitucional não mais faz parte do ordenamento jurídico, em razão de ter sido revogada por outra lei, após a propositura da questão perante a Corte; ou quando faltar, por exemplo, o interesse para recorrer, numa impugnação direta perante a Corte, de uma Região, porque a lei que se questiona não a atinge sob qualquer aspecto;

iv) Quando a *ordinanza di remissione* – ato do juiz *a quo* que encaminha a questão sobre o vício da inconstitucionalidade normativa perante a Corte, em sede de via incidental – ou o recurso, na via de ação, carecer de indicações suficientes e unívocas para definir o *thema decidendum*; quando não indicadas claramente, por exemplo, as normas impugnadas ou aquelas constitucionais que servem de parâmetro de juízo, ou, ainda, quando no julgamento sobre ofensa ao princípio da igualdade não venha indicado o *tertium comparationis*;

v) Quando verificados erros meramente procedimentais, como quando as partes do processo principal não são notificadas da ordenança;

vi) Quando a questão submetida à Corte comporta uma valoração de natureza política ou um juízo sobre a atuação dos parlamentares, explicitamente excluídos do controle da Corte (artigo 28 da Lei 87/1953³²). Obviamente, que esta hipótese é a mais delicada, enquanto remetida ao julgamento discricionário da Corte a valoração da subsistência destas condições. A Corte, então, recorre à decisão de inadmissibilidade para não enfrentar – porque não é sua atribuição – casos de conotação política ou nos quais a complexa gama de interesses em questão rende impossível uma intervenção, se não do legislador.

³² Artigo 28, Lei 87/1953: 28. Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento.

Este foi o caso que ocorreu, por exemplo, quando a Corte, com uma ordenança de manifesta inadmissibilidade, deixou de julgar no mérito a lei sobre aborto, que não reconhece relevância à vontade do pai na decisão sobre a interrupção da gravidez, por ser esse fruto da escolha político-legislativa – não julgada pela Corte – de deixar à mulher a decisão de interromper a gravidez (ord. 389/1988).³³

O que se pode depreender da análise das situações acima expostas é que, ainda que teoricamente fosse razoável, torna-se difícil invocar uma distinção nítida e precisa entre as decisões de caráter meramente processual, que se definem como pronúncias de inadmissibilidade (sentenças ou ordenanças), daquelas que se configuram como simples devoluções dos atos ao juiz *a quo* (ordenança).

Por intermédio das pronúncias de inadmissibilidade, a Corte julgaria definitivamente a existência de um vício insanável, como a falta de força normativa do ato impugnado, ou ainda, idêntica questão de legitimidade constitucional remetida pelo mesmo juiz e no mesmo processo; enquanto que pela restituição dos atos ao juízo *a quo*, a Corte enfrentaria um vício procedimental, como a falta de notificação da ordenança de remissão ou, então, falta de relevância da discussão sobre a norma impugnada, em razão do *jus superveniens* decorrente de uma mudança legislativa que extinguiu o vício de ilegitimidade que se questionava perante a Corte.

Ocorre, porém, que as pronúncias de inadmissibilidade em substituição às ordenanças de restituição – que são decisões da Corte que simplesmente devolvem ao juiz *a quo* a questão que lhe foi submetida para que seja sanado um vício de notificação, por exemplo – tem crescido consideravelmente de modo que se tornou obsoleta a deliberação acerca da distinção entre esses dois atos decisórios. (RUGGERI, SPADARO, 2001, p. 181–184)

Em verdade, não se pode pretender esgotar nesse estudo, a reflexão acerca das decisões constitucionais de caráter terminativo, sobre as quais, como bem asseveram Ruggeri e Spadaro (2001) é difícil exprimir um juízo definitivo, pois, por mais de uma vez, a Corte abusou desse instrumento, cuja abrangência é diretamente proporcional ao aumento do poder discricionário deste órgão de justiça constitucional, exatamente para não afrontar os casos

³³ Na Ordenança n° 389, a Corte Constitucional Italiana declarou a manifesta inadmissibilidade da questão de legitimidade constitucional proposta pelo Pretor de San Donà di Piave em relação a Lei n° 194, 22 de maio de 1978, norma que regulamenta a tutela social da maternidade e a interrupção da gravidez, no curso de um julgamento por ressarcimento de danos decorrente de lesão ao direito de paternidade, no qual era autor Giampeiero Boso, e ré Ornella Bassi. Considerou a Corte que a norma impugnada era fruto de uma escolha político-legislativa da mulher grávida, decidir interromper sua gravidez; não sendo este objeto apreciável pela Corte.

mais delicados e incertos sobre a questão de legitimidade constitucional, talvez mesmo em razão da instabilidade das suas orientações jurisprudenciais.

2.3.2 *Decisões Definitivas*

No que tange às decisões definitivas, a Corte as profere através de sentença, emitindo um juízo acerca da procedência ou improcedência da ilegitimidade constitucional da norma submetida à sua análise. (artigo 18, Lei nº 87/1953)

Ao estudarmos a tipologia das decisões definitivas proferidas pela Corte Constitucional abordaremos os seus efeitos, de modo a proporcionar uma melhor compreensão do sistema italiano.

Porém, antes de iniciarmos o estudo acerca dos efeitos da inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma norma que teve sua legitimidade questionada perante a Corte Constitucional Italiana é imperioso destacar dois aspectos relevantes que evidenciam esta reflexão.

O primeiro deles, e de importância inquestionável, se refere ao caráter político que envolve a atuação desse Órgão de justiça constitucional.

Não nos esqueçamos que a Constituição, além de ser definida sob um prisma jurídico, deve, também, ser entendida sob um enfoque político exatamente por ser este o documento jurídico responsável pela institucionalização do Estado: organizando o exercício das suas funções, limitando a sua atuação através do reconhecimento de direitos e garantias aos cidadãos e, ainda, distribuindo competências entre os entes que, juntos, formam um determinado sistema político.

Assim, uma sentença proferida pela Corte Constitucional implica, não apenas uma verificação da compatibilidade jurídica entre a norma impugnada e o parâmetro de constitucionalidade, como também, o da adequação política entre essa norma infraconstitucional ao texto da norma fundamental, que manifesta os anseios e as aspirações de um povo, representados pelo poder constituinte originário. E, mais que isso, por ser também uma decisão com espectro político, não apenas as diversas instâncias do Judiciário, bem como os órgãos políticos que integram o poder público devem manter-se vinculados às suas decisões.

Essa também é a preocupação demonstrada por Martín de La Veja (2003, p. 29) que, nesse sentido, se pronuncia:

A eficácia do pronunciamento se converte em pedra de toque não apenas da capacidade real da Corte para cumprir com as suas funções constitucionais, como do status que o órgão constitucional realmente assumirá no esquema de poderes e no sistema político no qual atua. Neste sentido, o estudo da polêmica sobre a maior ou menor vinculação de suas decisões não pode distanciar-se da realidade político-constitucional na qual estas se produzem. É através da tipologia das decisões como a Corte define, e ao longo da sua história reestrutura, as suas relações com o órgão legislativo e com a magistratura, e graças a eficácia de certas sentenças, o Tribunal poderá realizar uma determinada “política constitucional” que contribuirá, notadamente no caso italiano, para legitimá-la frente à opinião pública³⁴.

O segundo dos aspectos se refere à discussão sobre a eficácia dos pronunciamentos pela improcedência da alegação de inconstitucionalidade que, como mais adiante se observará, é marcada pela ausência de qualquer previsão no direito positivo, pelo que coube e ainda cabe, à doutrina e à jurisprudência construir um esquema de efeitos partindo de concepções teóricas, gerando, a partir de então, entendimentos distintos e os mais diversificados possíveis quanto ao assunto abordado neste trabalho que, por esta razão, trará como enfoque o posicionamento entendido como majoritário no sistema italiano.

A) Improcedência da Inconstitucionalidade da Norma

A carência de regulamentação das sentenças pela improcedência da inconstitucionalidade da norma gera uma maior controvérsia, por parte da doutrina e jurisprudência, na definição dos seus elementos identificadores.

No que se refere a tais sentenças, que declaram improcedentes uma questão acerca de um vício de inconstitucionalidade – *sentenza di rigetto* – é importante observar, preliminarmente, que a Corte não declara a legitimidade da lei impugnada, mas, tão somente, se limita a declarar infundadas ou inadmissíveis as questões que lhe foram submetidas, relativas a sua inconstitucionalidade, nos seguintes termos:

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli [...] della norma [...], sollevata, dalla parte con il ricorso in epigrafe; dichiara inammissibile la questione di

³⁴ *La eficacia del pronunciamiento se convierte en piedra de toque no solo de la capacidad real de la Corte para cumplir con sus funciones constitucionales, sino del <<status>> que el órgano constitucional asumirá realmente en el esquema de poderes y en el sistema político en el que actúa. En este sentido, el estudio de la polémica sobre la mayor o menor vinculación de sus decisiones no puede desentenderse de la realidad político-constitucional en la que ésta se produce. Es a través de la tipologia de las sentencias como la Corte define, y a lo largo de su historia reestructura, sus relaciones con el órgano legislativo y con la magistratura; y gracias a la eficacia de ciertas sentencias, el Tribunal podrá realizar una determinada <<política constitucional>> que contribuirá, notablemente en el caso italiano, a legitimarla ante los ojos de la opinión pública.*

*legittimità costituzionale dell'art [...], del decreto legislativo n. [...], sollevata dalla parte con il ricorso in epigrafe.*³⁵

Assim, os efeitos dessa decisão não são gerais, pois a Corte não afirma a legitimidade constitucional da norma impugnada, mas pontua a insubsistência de um vício denunciado na *ordinanza di rimessione* – no caso do controle por via incidental – ou no recurso – no caso do controle por via de ação –, declarando não fundada a questão da ilegitimidade constitucional proposta em relação a um determinado parâmetro de constitucionalidade³⁶.

Esse foi o entendimento proferido na Sentença nº 07, de 27 de janeiro de 1958, da Corte Constitucional Italiana, à época sob a presidência de Gaetano Azzariti, no sentido de inadmitir que as suas próprias decisões declarem de modo absoluto e imutável a legitimidade constitucional de uma norma, frisando que, ao contrário disto, uma proposição sucessiva acerca da questão de legitimidade da norma, especialmente se exposta sobre fundamentos e argumentos diversos, eventualmente respaldados em princípios informadores do ordenamento jurídico, desenvolvidos e esclarecidos pela doutrina e jurisprudência, possa conduzir a uma solução diversa³⁷.

A questão sobre a legitimidade constitucional surge a partir de uma construção intelectual do juiz, no controle em sede de via incidental, baseada na sua interpretação e argumentação, fundada em uma dúvida que o caso específico trouxe ao juízo remetente.

De acordo com o entendimento doutrinário e mesmo jurisprudencial, ao rejeitar a questão, a Corte em nada pondera sobre a legitimidade da lei em abstrato, mas se pronuncia sobre o fundamento da construção elaborada pelo juiz, ou seja, sobre a existência do vício denunciado pelo juiz *a quo*. Diante da inexistência de uma norma regulamentadora dos efeitos destas decisões pela im procedência da questão relacionada à inconstitucionalidade da norma,

³⁵ Declara infundada a questão de legitimidade constitucional dos artigos...da norma...submetida, pela parte com o recurso em epígrafe; declara inadmissível a questão de legitimidade constitucional do art...., do decreto legislativo... submetida pela parte com o recurso em epígrafe.

³⁶ Não existe previsão legal ou constitucional sobre os efeitos da rejeição da inconstitucionalidade da norma, mas este entendimento surgiu a partir de uma construção doutrinária e jurisprudencial. Sobre os efeitos da rejeição da inconstitucionalidade da norma: ZAGREBELSKY, 1988, p. 255 e ss; CRISAFULLI, 1984, p. 393-394.

³⁷ A questão declarada infundada pela Corte foi proposta pela Corte de Apelo de Caltanissetta, numa controvérsia trabalhista, na qual a Senhora Licia Ferrara questiona sua readmissão e ressarcimento de danos, decorrentes da demissão injusta, alegando estabilidade decorrente da lei regional da Sicília. *La Corte ha inteso escludere la configurabilità di proprie decisioni, le quali dichiarino in modo assoluto ed immutabile la legittimità costituzionale di una norma, ammettendo, al contrario, che una successiva proposizione della questione di legittimità, specialmente se esposta sotto profili diversi e sorretta da argomenti diversi, eventualmente desunti da ulteriori svolgimenti dei principi informativi dell'ordinamento giuridico, possa condurre ad una soluzione diversa.* Disponível em: <www.cortecostituzionale.it> Acesso em: em 15 dez. 2008.

algumas importantes considerações foram elaboradas por parte da própria doutrina italiana. (CERRI, 1997, p. 113; RUGGERI; SPADARO, 2001, p. 187; ZAGREBELSKY, 1988, p. 255–258)

Se a pronúncia da Corte foi no sentido da improcedência da questão que suscitou a existência de um vício de inconstitucionalidade, isso significa que a lei não foi maculada pela ilegitimidade e, portanto, continua válida no sistema jurídico, devendo ser aplicada ao caso que originou a discussão acerca da sua ilegitimidade, no caso de controle incidental, por exemplo. A eficácia das decisões pela improcedência da existência do vício de inconstitucionalidade alcança apenas o caso concreto específico que justificou a provocação da atuação da Corte Constitucional no controle incidental, ou o recurso interposto em via de ação e somente em relação às questões submetidas e decididas pela Corte Constitucional.

Os efeitos subjetivos dessa sentença operam *inter partes* no que tange ao *decisum*, porém *erga omnes* na sua *ratio*, pois mesmo após a sua prolatação, a mesma lei pode ser novamente questionada perante a Corte Constitucional, desde que diante de uma distinta *ratio*, por apresentar um vício de ilegitimidade constitucional: a mesma idêntica questão declarada infundada anteriormente, poderá vir a ser objeto de nova análise pela Corte, ainda que esta venha a confirmar a sentença anterior, através de uma ordenança de manifesta *infondatezza* – decisão ratificadora da não fundamentação do vício de inconstitucionalidade – o que não ocorrerá, necessariamente, caso a Corte tenha, eventualmente, adotado novos critérios para avaliar a legitimidade da norma. (CERRI, 1997, p.134–135)

O que pode acontecer é que o contexto econômico, social, cultural, político e jurídico que serviram de subsídios para justificar uma determinada interpretação normativa se altere de modo a conduzir a modificação da orientação jurisprudencial, ainda que o dispositivo legal do qual se extraiu a norma permaneça com a mesma estrutura textual.

Afinal, não podemos olvidar que o direito como ciência social que é – e sendo a jurisprudência uma das fontes através das quais essa ciência se manifesta – deve acompanhar a evolução do grupo sobre o qual atua para regulamentar, de forma legítima, suas relações interpessoais; ou seja, não basta simplesmente que existam normas elaboradas pelos poderes competentes. É preciso mais. É preciso que tais normas tragam em seu conteúdo as realidades que identificam um determinado grupo social, tornando-se um instrumento apto a reger as relações sociais.

Entendo que o que se pretende garantir ao ser atribuído o efeito *inter partes* a uma *sentenza di rigetto*, em verdade, é o direito dos demais cidadãos questionarem a constitucionalidade dessa mesma lei já declarada isenta do vício da inconstitucionalidade sob

um determinado fundamento jurídico. (CRISAFULLI, 1984, p. 394; ZAGREBELSKY, 1988, p. 256)

Porém, em relação ao juiz *a quo* que instigou a manifestação da Corte Constitucional, a reflexão dominante na doutrina italiana é no sentido de que a questão já definida como não fundada não deve ser novamente submetida pelo mesmo juiz e na mesma fase do processo, no caso do controle incidental, exatamente porque a decisão pela improcedência impede que o juiz continue a duvidar da legitimidade constitucional da lei nos mesmos termos em que duvidava quando provocou a atuação da Corte Constitucional; é a chamada eficácia preclusiva da repositura da questão de inconstitucionalidade.

Podemos admitir, assim, que o efeito jurídico dessa decisão constitucional é preclusivo, no sentido de impedir a repositura da mesma questão, e com os mesmos fundamentos, pelo mesmo juiz e fase do processo, já analisados e decididos pela Corte Constitucional³⁸.

O que vincula o juiz *a quo* nessa manifestação da Corte é, portanto, a *ratio decidendi* e não o *decisum*, em razão de que o mesmo pode submeter à apreciação da Corte a mesma lei, desde que alegue um fundamento de inconstitucionalidade diverso daquele anteriormente levantado. Ou então, como os efeitos da decisão não operam *erga omnes* seja na fundamentação que na parte dispositiva da sentença pela improcedência da existência do vício de ilegitimidade constitucional, a mesma questão de inconstitucionalidade acerca de uma mesma lei, poderá ser novamente submetida à Corte, desde que por outro juiz em grau ou instância diferente do juiz *a quo*.

Nesse contexto, devemos entender que tanto os juízes *a quo* que compõem o Judiciário como os próprios membros que integram a Corte Constitucional estão vinculados às razões que fundamentaram a constitucionalidade de uma lei, que poderá vir a ser declarada inconstitucional, desde que outras sejam as alegações remetidas perante a Corte ou desde que novos sejam os fundamentos aduzidos pelos juízes constitucionais capazes de justificar a retirada da norma do sistema jurídico porque incompatível à Constituição.

³⁸ *La Corte osserva che, in questa seconda fase, la prospettazione, da parte del Consiglio di giustizia amministrativa, della legittimità costituzionale dell'art. 7, n. 2, è stata compiuta in base a motivi che sono essenzialmente nuovi e diversi da quelli già in precedenza dedotti e decisi e riguardano ora il sistema organico sul punto, della legge nelle sue varie articolazioni, l'una all'altra connesse. Ed in caso di restituzione degli atti al giudice a quo, questi ha potestà piena di riesaminare tutte le questioni non decise (sentenza n. 56 del 1960). Non sussiste, quindi, la lamentata preclusione.* (STC n° 55, de 09 de maio de 1968)

Nesse diapasão, nada impede que o juiz remeta à Corte uma questão diversa sobre a mesma disposição normativa, que pode-se-lhe apresentar de duvidosa legitimidade em relação a outro parâmetro constitucional; ou ainda, pode ser que surja extraída do mesmo preceito legal, uma interpretação normativa diversa daquela até então questionada, aparecendo-lhe esta como ilegítima; ou, então, quando um outro motivo justifique o questionamento da ilegitimidade constitucional. (ONIDA; D'AMICO, 1998, p.159):

Em todos estes casos, entende-se que não existiria um efeito impeditivo do julgamento porque a questão seria nova, porque novo seria um dos elementos que concorrem para a definição do *thema decidendum*, quais sejam: o parâmetro de constitucionalidade, a norma e o *tertium comparationis*, isto é, o motivo que suscitou o questionamento da ilegitimidade constitucional, em razão da adoção de uma disciplina diversa daquela utilizada para solucionar a questão denunciada, para a solução de outro caso específico.

Portanto, o que é vedado ao juiz *a quo*, porque vinculado à decisão da Corte, é o de propor novamente a mesma questão com os mesmos fundamentos de legitimidade constitucional perante a Corte Constitucional, não existindo nenhum impedimento em relação aos outros juízes e nem ao mesmo juiz, desde que em outros processos, provocar a atuação da Corte para analisar a mesma lei já anteriormente objeto de questionamento perante o Tribunal Constitucional.

Em verdade, o que se admite é que os demais juízes estão livres para interpretar as normas que integram o sistema jurídico (CRISAFULLI, 1984, p. 399).

A Corte, por sua vez, enfrenta o mérito da questão e o resolve com uma sentença de improcedência, quando provocada inicialmente, e, nas decisões sucessivas, caso queira confirmar a decisão anteriormente proferida, aplica o precedente e o faz valer por intermédio das ordenanças.

Pode, entretanto, ocorrer de o mesmo mecanismo – ordenanças – ser aplicado diante de questões não idênticas a primeira, mas reconduzíveis ao mesmo princípio, a mesma *ratio decidendi*: ainda que os juízes não tenham levantado novas argumentações, as exceções de legitimidade são resolvidas através do mecanismo da manifesta *infondatezza*.

Em síntese, por mais que as sentenças que rejeitam a inconstitucionalidade da norma produzam efeitos jurídicos apenas *inter partes*, é claro que fixa, de toda forma, uma *ratio decidendi*, competindo aos juízes trazerem novos argumentos ou interpretações da questão sob uma nova ótica jurídica para que a Corte, então, seja instigada a reconsiderar o próprio precedente.

B) Procedência da Inconstitucionalidade da Norma

No que concerne às decisões pela procedência da inconstitucionalidade, a norma contida no artigo 29 da Lei nº 87/1953 determina que a pronúncia sobre a ilegitimidade constitucional da lei impugnada ocorra por meio de sentença e, de acordo com o artigo 136, primeira parte, da Constituição Italiana³⁹, quando a Corte declara a ilegitimidade constitucional de uma lei ou ato com força de lei, a norma deixa de ter eficácia no dia sucessivo ao da publicação da decisão.

A Corte julga a legitimidade normativa nos termos em que foi proposta, isto é, limitada ao *thema decidendum* da controvérsia e, portanto, quando inexistir contraste entre as normas constitucionais invocadas não podem os juízes constitucionais ‘procurar’ novos conflitos entre as disposições objeto da impugnação, e outras normas constitucionais que não serviram de base para a definição daquele tema.

O que pode ocorrer, no entanto, é que a questão originalmente proposta envolva outras disposições da norma questionada que, embora não denunciadas, fazem, junto com aquelas denunciadas, parte de um todo indivisível.

É o que uma parte da doutrina italiana admite como ilegitimidade consequencial, que se manifesta quando a Corte, além de declarar a inconstitucionalidade de uma norma, determina, também, quais as demais disposições cujas ilegitimidades descendem daquela proferida na decisão; nesse caso, o objeto da decisão é alargado de ofício, para além dos limites impostos perante a Corte, no momento em que provocada a analisar a constitucionalidade normativa. (CRISAFULLI, 1984, p. 379–381).

Essas decisões de mérito proferidas através de sentenças, que reconhecem o fundamento da questão acerca da ilegitimidade constitucional operam *erga omnes* na sua parte dispositiva e, em razão disso, retiram definitivamente do ordenamento jurídico a norma tida como incompatível com os preceitos constitucionais.

A qualificação da natureza jurídica desta pronúncia, quanto à sua retroatividade, é de difícil determinação, pois se de um lado declara a ilegitimidade da lei a partir da sua vigência, por outro, os efeitos dessa afirmação parecem constitutivos, porque começam a fluir, apenas,

³⁹ Artigo 136, *Costituzione Italiana*: *Quando la corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. La decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali.*

a partir da publicação da sentença da Corte (artigo 136, da Constituição Italiana retromencionado), momento em que a norma deixa de operar juridicamente nas situações concretas, ainda que irreversíveis e ilegítimas, porque contrárias à Constituição, mas sobre as quais a sentença não pode mais incidir, como nos casos de prescrição, decadência, trânsito em julgado ou preclusão.

Nesse contexto, mitiga-se a interpretação advinda da análise do referido dispositivo constitucional, para admitir-se que os efeitos das sentenças que declaram a inconstitucionalidade normativa não sejam produzidos, necessariamente, apenas a partir do dia sucessivo ao da publicação da decisão. Assim, a declaração de ilegitimidade deve também ser traduzida em uma ordem dirigida aos juízes e à administração pública de não aplicarem a norma às situações que, a despeito de terem surgido antes da declaração de ilegitimidade da norma, ainda pendem de proteção jurídica, porque não amparadas pelos efeitos da decadência, prescrição ou coisa julgada (BIN; PITRUZZELLA, 2005, p. 432) nas situações presentes, surgidas no período em que a norma foi retirada do ordenamento; ou situações futuras, que surgirão após a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo com força de lei.

Eis o motivo pelo qual pode se admitir que, ao lado do efeito retroativo – *ex tunc* – operam essas decisões efeito não retroativo – *ex nunc* – exatamente porque a retroatividade dos efeitos das sentenças de acolhimento tem limite nas relações completamente exauridas, *i.e.*, naquelas situações não mais suscetíveis de serem contestadas em juízo porque plenamente constituídas.

Ocorre, porém, exceção à irretroatividade dos efeitos das sentenças de acolhimento em relação às situações completamente exauridas, prevista no artigo 30, parte final, da Lei No. 87/1953, cujo teor considera que quando a norma declarada inconstitucional serviu de fundamento jurídico para que fosse proferida uma sentença condenatória transitada em julgado, todos os efeitos advindos da execução penal devem cessar.

Art. 30, Lei 87/1953: Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali.⁴⁰

Importante ressaltar que a norma contida no artigo 137, parte 3, da Constituição Italiana⁴¹, afirma não ser admitida qualquer impugnação contra as decisões proferidas pela

⁴⁰Quando em razão da aplicação da norma declarada inconstitucional for pronunciada uma sentença condenatória transitada em julgado, cessa a execução e todos os seus efeitos penais.

Corte Constitucional, inexistindo, portanto, a possibilidade de um controle posterior das sentenças que acolhem a ilegitimidade constitucional que, em razão da sua eficácia *erga omnes*, inviabiliza a modificação do conteúdo da decisão. (CATELANI, 1993, p. 298–299)

Imperioso destacar também, conforme mencionado no início deste tópico, que como a decisão da Corte deve se limitar ao *thema decidendum* quando declara nos limites da impugnação, quais são as disposições legislativas ilegítimas, também a fundamentação da sentença opera *erga omnes*, servindo de parâmetro para decisões futuras em nome da preservação do princípio da igualdade. (BIN; PITRUZZELLA, 2005, p. 423).

2.3.3 *Decisões Interpretativas*

C) Improcedência da Inconstitucionalidade da Norma

Com o intuito de garantir a permanência no ordenamento jurídico das normas legitimamente criadas pelo legislativo, o Tribunal Constitucional profere sentenças interpretativas, de modo a distinguir, quando possível, dentre as várias interpretações normativas, aquelas compatíveis com a Constituição que evitariam a retirada da norma e a consequente lacuna no sistema jurídico.

O reflexo imediato da adoção das sentenças interpretativas é que o controle de constitucionalidade não se exerce apenas sobre o legislador, mas também, sobre os aplicadores em potencial do direito, que não deverão adotar aquelas interpretações consideradas ilegítimas pela Corte. (OLLERO, 2005).

Nesse contexto, apresentam-se as sentenças interpretativas de acolhimento e rejeição da inconstitucionalidade normativa no sistema jurídico italiano.

Quanto às sentenças interpretativas⁴² pela improcedência da inconstitucionalidade da norma podemos fazer referência ao início da sua adoção pela justiça constitucional – diante da omissa previsão normativa quanto a essa tipologia de decisão de mérito – a partir de algumas sentenças proferidas pela Corte Constitucional Italiana, todas de considerável repercussão naquele sistema jurídico, como a de nº 02, de 14 de junho de 1956, que ao analisar a

⁴¹ Artigo 137, parte 3, Constituição Italiana: Contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione.

⁴² *Aparecía así un nuevo tipo de pronunciamiento de la Corte que, sin abandonar en un principio el esquema de la sentencia desestimatoria, iba a suponer (...) el inicio de un largo proceso de potenciación de su capacidad operativa. A través de una amplia y novedosa tipología de sentencias, desarrolladas por la propia Corte sin una expresa previsión positiva, ésta se iba a dotar de un poder de incidencia em el ordenamiento jurídico cada vez mayor.* MARTIN DE LA VEGA, 2003. p. 102

constitucionalidade do artigo 157⁴³ da lei de segurança pública do país nº 773, de 18 de junho de 1931, já anteriormente mencionada, assim se refere à interpretação que deveria ser adotada conforme ao texto constitucional:

Mais delicado é o ponto referente se, aos “motivos de sanidade e de segurança”, indicados no artigo 16⁴⁴, possam ser reconduzidos também os motivos de “ordem, segurança pública e moralidade pública” indicados no artigo 157 da lei de segurança pública... **Excluída a interpretação, inadmissivelmente limitada, que a “segurança” se refira somente à incolumidade física, parece racional e conforme ao espírito da Constituição atribuir à palavra “segurança” o significado de situação na qual seja assegurado aos cidadãos, o pacífico exercício daqueles direitos à liberdade que a Constituição garante com tanta força. Segurança se tem quando o cidadão pode exercer atividades lícitas sem ser ameaçado por ofensas à sua própria integridade física e moral; é indubitavelmente a meta de um Estado de direito, livre e democrático...** Isto posto, não resta dúvida que as “pessoas perigosas para a ordem e segurança pública ou para a moralidade pública (artigo 157 da lei de segurança pública) constituem uma ameaça à “segurança” indicada, e assim entendida, no artigo 16 da Constituição”⁴⁵ (grifei).

Portanto, desde 1956, ano em que começou sua atividade jurisdicional, a Corte Constitucional Italiana se posicionou no sentido de interpretar livremente os dispositivos legais sob os seguintes fundamentos de Crisafulli (1984, p. 397–399):

→ o Tribunal Constitucional não está obrigado a vincular-se à interpretação conferida pelo juiz *a quo* à norma questionada;

⁴³ Artigo 157, Lei de Segurança Pública Nº 773/1931 determina que quem, fora do seu município, apresente conduta suspeita e, mediante solicitação dos oficiais ou agentes de segurança pública, não puder ou não quiser se identificar com a exibição da Carteira de Identidade ou outro meio digno de fé, será conduzido diante da autoridade local de segurança pública. Esta, por sua vez, pode determinar seu retorno a sua localidade de origem, se entendê-lo suspeito. Isto também se aplica às pessoas perigosas para a ordem e segurança pública ou para a moralidade pública. A autoridade pública pode, ainda, proibir o retorno dessas pessoas a essa localidade da qual foram afastadas sem sua prévia autorização.

Os contraventores são punidos com prisão de um a seis meses.

⁴⁴ O artigo 16 da Constituição Italiana garante a liberdade de locomoção nos seguintes termos: “Todo cidadão pode circular e permanecer livremente em qualquer parte do território nacional, salvo as limitações que a lei estabelece em termos gerais por motivos de sanidade ou de segurança. Nenhuma restrição pode ser determinada por razões políticas. Cada cidadão é livre para sair do território da República e nele reentrar, observadas as obrigações.

⁴⁵ **Sentença Nº 02, de 14 de junho de 1956.** *Più delicato è il punto se ai "motivi di sanità e di sicurezza", indicati nell'art. 16, possano ricondursi anche i motivi di "ordine, sicurezza pubblica e pubblica moralità" indicati nell'art. 157 della legge di p.s...Esclusa l'interpretazione, inammissibilmente angusta, che la "sicurezza" riguardi solo l'incolumità fisica, sembra razionale e conforme allo spirito della Costituzione dare alla parola "sicurezza" il significato di situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto è possibile, il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza. Sicurezza si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale; ... è indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico...Ciò posto, non è dubbio che le "persone pericolose per l'ordine e la sicurezza pubblica o per la pubblica moralità" (art. 157 legge p.s.) costituiscano una minaccia alla "sicurezza" indicata, e così intesa, nell'art. 16 della Costituzione.*

→ admitindo que sobre um dispositivo legal podem recair interpretações diversas, dentre as quais aquelas compatíveis à Constituição, deve-se priorizar a sua permanência no ordenamento jurídico, desde que adotada a interpretação que a legitima constitucionalmente e, portanto, declarada improcedente a questão de inconstitucionalidade apenas na medida em que o verdadeiro significado normativo do texto ou textos em questão seja aquele que a Corte reconheceu, através de sua atividade interpretativa.

Vale enfatizar, nesse momento, o pensamento de Comella (1997) – e pedimos vênia pela extensão da reprodução – que, ao se referir ao princípio da interpretação conforme, nos remete a uma reflexão essencial para a primazia do Estado Democrático de Direito, a partir de uma obediência à separação do poderes:

O primeiro plano no qual se manifesta a dignidade democrática da lei é o plano da sua própria interpretação. Em princípio, parece que para identificar qual é a norma expressada no texto da lei, o juiz constitucional deva servir-se dos critérios interpretativos habituais do Direito, sem desviar-se do que teria que fazer se tivesse que interpretar esse texto para aplicá-lo a um caso concreto. Sem dúvida, os juristas insistem na seguinte peculiaridade: em caso de dúvida acerca de qual das várias interpretações possíveis do texto do texto legal é a correta, o juiz constitucional deve optar por aquela interpretação sob a qual a norma identificada seja compatível com a Constituição, ou refutar aquelas interpretações sob as quais a norma identificada é incompatível com a mesma. Esta é a doutrina da chamada “interpretação da lei conforme a Constituição”, que, com certa frequência, cede às “sentenças interpretativas” do Tribunal Constitucional.

Diz-se que esta doutrina responde ao princípio geral da conservação dos atos jurídicos: é desejável evitar o vazio que supõe a retirada da lei do ordenamento, pelo que é preferível interpretar o texto legal de modo que se evite este efeito. Mas se este princípio de conservação dos atos rege com uma força especial a lei, isso se deve ao fato de que esta tem uma especial dignidade, dado o processo democrático que desembocou na sua aprovação. Uma estimação adequada do valor da democracia, em efeito, deve levar o juiz constitucional a atuar com especial cuidado na hora de decidir se uma lei deve ser declarada inconstitucional. Deve partir de uma atitude de confiança em relação ao legislador democrático: deve presumir que este atuou motivado pelos valores constitucionais. No caso em que a lei admita diversas interpretações, o juiz deve escolher aquela que está de acordo com a Constituição, pois tem que presumir que o legislador quis respeitar os limites constitucionais. Somente quando não tiver dúvida acerca de qual é a norma que o legislador quis expressar no texto legal (sendo esta norma incompatível com a Constituição), pode o juiz constitucional emitir uma sentença que declare a sua invalidez.

Portanto, a dignidade democrática da lei se traduz em uma primeira consequência: a doutrina da interpretação da lei conforme a Constituição ⁴⁶.

→ e como o terceiro pilar de formação das sentenças interpretativas pela improcedência da inconstitucionalidade da norma, pontuamos que a Corte Constitucional julga as normas, mas emite pronunciamentos sobre as disposições, conforme entendimento firmado pela justiça constitucional italiana expressado na Sentença N° 84, de 18 de março de 1996⁴⁷, transcrito abaixo:

Em geral, a disposição... constitui o necessário veículo de acesso da norma ao juízo da Corte, que se desenvolve sobre a norma objeto de questionamento em relação ao parâmetro constitucional, e representa pois igualmente o trâmite de transferência no ordenamento da valoração assim operada, a partir deste confronto, pela Corte, a qual julga sobre a norma, mas pronuncia sobre a disposição. Revela-se, então, neste caso, a função instrumental da disposição em relação à norma...⁴⁸ (grifei)

⁴⁶ *El primer plano en el que se manifiesta la dignidad democrática de la ley es el plano de su propia interpretación. En principio, parece que para identificar cuál es la norma expresada en el texto de la ley, el juez constitucional debe servirse de los criterios interpretativos habituales en Derecho, sin desviarse de lo que tendría que hacer si tuviera que interpretar ese texto para aplicarlo a un caso concreto. Sin embargo, los juristas suelen insistir en la siguiente peculiaridad: en caso de duda acerca de cuál de las varias interpretaciones posibles del texto legal es la correcta, el juez constitucional debe optar por aquella interpretación bajo la cual la norma identificada es compatible con la Constitución, o rechazar aquellas interpretaciones bajo las cuales la norma identificada es incompatible con la misma. Ésta es la doctrina de la llamada << interpretación de la ley conforme a la Constitución >>, que con cierta frecuencia da lugar a las << sentencias interpretativas >> del Tribunal Constitucional.*

Se dice a menudo que esta doctrina responde al principio general de conservación de los actos jurídicos: es deseable evitar vacío que supone la expulsión de la ley del ordenamiento, por lo que es preferible interpretar el texto legal de modo que se evite este efecto. Pero si este principio de conservación de los actos rige con una fuerza especial en el caso de la ley, ello se debe a que se considera que ésta tiene una especial dignidad, dados los procesos democráticos que desembocaron en su aprobación. Una estimación adecuada del valor de la democracia, en efecto, debe llevar al juez constitucional a actuar con especial cuidado a la hora de decidir si una ley debe declararse inconstitucional. Debe partir de una actitud de confianza hacia el legislador democrático: debe presumir que este actuó motivado por los valores constitucionales. En caso de que la ley admita diversas interpretaciones, el juez debe escoger aquella que es acorde con la Constitución, pues hay que presumir que el legislador quiso respetar los límites constitucionales. Sólo cuando no hay duda acerca de cuál es la norma que el legislador quiso expresar en el texto legal (y esta norma es incompatible con la Constitución), puede el juez constitucional emitir una sentencia que declare su invalidez. Por tanto, la dignidad democrática de la ley se traduce en una primera consecuencia: la doctrina de la interpretación de la ley conforme a la Constitución. COMELLA, 1997. p .37-38.

⁴⁷ No curso do procedimento civil entre o Banco di Verona, Vicenza, Belluno e Ancona e a sociedade Carlutti Construção, para o pagamento da quantia de 36 milhões de liras, com saldo na conta corrente desta última, o pretor de Verona remeteu a questão incidental de ilegitimidade do decreto-lei n° 238/1995, por entender não terem sido previstos os critérios necessidade e urgência para a elaboração do decreto-lei, o qual estabelecia que o pretor era competente para julgar a causa, ainda se relacionada a bens imóveis, no valor não superior a 50 milhões de libras, desde que não fosse de competência do juiz de paz. Declarada infundada a questão, e garantida a produção de todos os efeitos decorrentes da vigência da norma.

⁴⁸ Sentença N° 84, de 18 de março de 1996: *“In generale la disposizione... costituisce il necessario veicolo di accesso della norma al giudizio della Corte, che si svolge sLopez Ulla norma quale oggetto del raffronto con il contenuto precettivo del parametro costituzionale, e rappresenta poi parimenti il tramite di ritrasferimento nell’ordinamento della valutazione così operata, a seguito di tale raffronto, dalla Corte medesima, la quale*

A Corte Constitucional admitiu que para proferir uma sentença interpretativa de rejeição seria preciso que normas distintas fossem atribuídas à disposição legislativa questionada, devendo o intérprete escolher aquela conforme a Constituição, capaz de garantir, quando aplicada, sua adequação ao sistema jurídico.

Nesse sentido, poder-se-ia resolver, em via de interpretação sistemática – quando possível fosse – as eventuais antinomias jurídicas.

São sentenças pela improcedência da existência do vício da ilegitimidade constitucional, cuja motivação da decisão tem efeitos *inter partes* e de eficácia constitutiva *ex nunc*, no sentido de que podem constituir significativos precedentes aos demais juízes.

Talvez melhor fosse afirmar que a eficácia no tempo das sentenças pela improcedência da inconstitucionalidade, limitadas ao caso concreto, é para o presente e não para o futuro, visto que os demais juízes podem submeter ao julgamento da Corte idêntica questão de ilegitimidade constitucional, que poderá vir a ser reproposta no início de cada instância processual.

Assim como a Corte Constitucional, os juízes têm discricionariedade nas escolhas dos fundamentos interpretativos atribuídos à norma extraída da disposição legislativa, pois submetidos apenas à lei posta, e não à interpretação conferida pelo órgão de jurisdição constitucional. Ao juiz *a quo*, porém, é conferida uma consequência específica no caso de repositura da questão de legitimidade constitucional: ele não pode insistir na sua interpretação original, porque foi quem denunciou a suspeita de ilegitimidade, nem pode submeter novamente a mesma questão de legitimidade constitucional, devendo, apenas, adequar-se à interpretação da Corte ou, eventualmente, adotar uma interpretação que lhe pareça compatível com a Constituição.

O que se percebe é uma verdadeira crise quanto à eficácia das sentenças de interpretação proferidas pela improcedência da questão acerca da inconstitucionalidade da norma, pois se admite que os juízes se mantêm livres para interpretar a norma que devem aplicar aos casos concretos, não estando vinculados à interpretação adotada pela Corte. Essa liberdade judicial para interpretar a norma é flexibilizada quando o Órgão de jurisdição constitucional se posicionar contrário a uma interpretação específica, não podendo ser aplicada pelo juiz *a quo* na solução do caso *sub judice*, exatamente porque incompatível aos ditames constitucionais. (ZAGREBELSKY, 1988, p. 294).

quindi giudica su norme, ma pronuncia su disposizioni. Si disvela così, in tal caso, la funzione servente e strumentale della disposizione rispetto alla norma...?”.

Em relação aos demais juízes, não existem vínculos jurídicos, pois entende-se serem essas interpretações apenas orientações a serem seguidas, negada a eficácia vinculante às interpretações conforme a Constituição atribuídas às leis, com as quais a Corte Constitucional motivou as sentenças interpretativas de improcedência. Ocorre que, quando um juiz, diverso daquele que provocou a manifestação da Corte em sede de sentença interpretativa de improcedência, queira aplicar uma interpretação já anteriormente definida como inconstitucional pela Corte a um caso concreto, deverá submetê-la novamente à apreciação da Corte Constitucional que, então, reafirmará sua anterior decisão de desaplicar uma interpretação normativa porque inconstitucional – e a partir desse momento o então juiz *a quo* vincular-se-á a essa decisão no sentido de não aplicar tal interpretação para a solução do caso concreto –, ou ainda, proferirá uma sentença de acolhimento interpretativa, retirando *erga omnes*, do ordenamento jurídico, determinada disposição extraída de uma norma.

Para que a atuação da Corte Constitucional Italiana não se esvazie na prática, de modo que as suas decisões não figurem apenas como ‘orientações’ a serem seguidas pelos juízes que compõem o Judiciário, que por sua vez, podem, apenas eventualmente, sentirem-se ‘vinculados moralmente’, é que o Tribunal Constitucional, cada vez mais, recorre a uma jurisprudência que faz prevalecer o chamado ‘direito vivente’, *i.e.*, diante de uma interpretação consolidada da disposição impugnada, a Corte não procura modificá-la propondo uma diversa, mas a julga de acordo com o significado normativo atribuído pela jurisprudência ordinária, ou seja, no significado em que ‘vive’ na realidade jurídica. (CATELANI, 1993, p. 151–152).

É óbvio que se esta norma de direito vivente resulta incompatível com a Constituição, a Corte declarará a sua ilegitimidade e a sentença de acolhimento assumirá a função de impedir, *erga omnes*, a possibilidade de deduzir uma norma desta disposição impugnada.

A doutrina do direito vivente induz a Corte a não se contrapor aos juízes ordinários na interpretação das leis, motivo pelo qual as sentenças interpretativas pela improcedência tornaram-se menos frequentes.

Nesse momento, faz-se necessário que prestemos atenção para as seguintes considerações sobre as decisões interpretativas pela improcedência da inconstitucionalidade de uma norma: a função constitucional não se esvazia pelo fato dos juízes não estarem vinculados juridicamente a interpretação adotada pela Corte, isto porque, de um dispositivo legal podem ser extraídas normas distintas, as quais podem não ter sido todas observadas pela Corte Constitucional e, desde que constitucionais, podem – e devem – ser aplicadas pelos membros do judiciário para o deslinde dos casos concretos.

Em relação à interpretação não admitida pela Corte porque disforme à Constituição, a sentença que a profere, na prática, vincula *inter partes*, mas opera *erga omnes*, porque mesmo que os juízes não estejam obrigados a adotar a interpretação conferida pela Corte, e ainda que possam provocá-la para se manifestar sobre a mesma norma, a Corte Constitucional Italiana modificará o seu posicionamento quanto a norma interpretada, e, portanto, admitirá a sua inconstitucionalidade, desde que haja um motivo que justifique a mudança do seu entendimento, ainda não trazido à sua análise, para fundamentar tal decisão. Até porque, se assim não fosse, vislumbraríamos a possibilidade de uma atuação arbitrária da Corte Italiana, o que não penso ser a característica ideal para um Órgão de jurisdição constitucional.

Essas sentenças interpretativas pela improcedência da inconstitucionalidade normativa podem ser identificadas, também, como sentenças corretivas, quando a Corte as utiliza para fazer valer a interpretação jurisprudencial prevalente – e conforme a Constituição – contra a interpretação disforme – e de duvidosa legitimidade constitucional – proposta pelo juiz *a quo*, servindo para confirmar e reforçar o direito vivente. E quando a Corte utiliza as sentenças interpretativas pela improcedência da inconstitucionalidade para forçar a interpretação de leis novas conforme a Constituição, sobre as quais o direito vivente ainda não se formou, essas decisões são denominadas *sentenze adeguatrici*, que servem, então, para orientar a jurisprudência futura. (BIN; PITRUZZELLA, 2005, p. 435–436).

D) Procedência da Inconstitucionalidade da Norma

As sentenças pela procedência da inconstitucionalidade da lei são interpretativas – também conhecidas como manipulativas⁴⁹ –, quando, da disposição impugnada, for retirada norma diversa daquela indicada pelo juiz *a quo*, ou, então, quando o seu dispositivo não se limitar a simples declaração de incompatibilidade da lei ao texto constitucional mas, diversamente, quando a ilegitimidade for declarada ‘na parte em que’ a disposição significa ou não significa qualquer coisa, ou seja, pela norma que se pode interpretar a partir da lei impugnada.

⁴⁹ Existe uma séria dificuldade da doutrina em harmonizar todas as classificações das sentenças interpretativas pela procedência da inconstitucionalidade, visto a diversidade das sentenças proferidas pela Corte – que também é incapaz de classificar, numa terminologia sempre uniforme suas decisões. Para se ter um exemplo disso que está sendo aqui alertado, enquanto Bin e Pitruzzella entendem que a sentença manipulativa é sinônimo da interpretativa pela procedência da inconstitucionalidade, Zagrebelsky admite que as decisões manipulativas são espécie da interpretativa pela procedência da inconstitucionalidade. (BIN; PITRUZZELLA, 2005, p. 435-436; ZAGREBELSKY, 1988, p. 296 e ss)

E o marco inicial da adoção dessa tipologia de sentença pela Corte Constitucional Italiana ocorreu com a Sentença nº 26/61, de 23 de maio, que trouxe no seu teor as considerações de direito que abaixo seguem:

Nos casos nos quais a Constituição estabelece que a lei diretamente discipline uma determinada matéria, não se pode conceber que nessa mesma matéria se permita a emanação de atos administrativos que disponham contrariamente à lei prevista pela Constituição. Nas matérias em relação às quais a Constituição estabeleceu uma reserva adotando a fórmula “na base da lei” ou outra de igual significado, vale recordar que a constante jurisprudência da Corte tem entendido admissível que a lei ordinária atribua à autoridade administrativa a emanação de atos normativos, desde que a lei indique os critérios idôneos que devem limitar a discricionariedade do órgão, a quem o poder foi atribuído. E, portanto, nada impede que, nas matérias ora indicadas, uma disposição de lei ordinária confira ao prefeito, dentro dos limites do exercício do poder, a prerrogativa de emitir ordenanças com base nos critérios necessidade e urgência. Pode-se concluir que a omissão do legislador em relação ao respeito aos princípios do ordenamento jurídico tornaria possível uma aplicação da norma de modo a violar os direitos dos cidadãos e prejudicar a tutela jurisdicional. **E, então, é de se admitir a ilegitimidade da norma apenas nos limites nos quais atribui ao Prefeito o poder de emitir ordenanças sem o respeito aos princípios do ordenamento jurídico, entendida tal expressão nos sentido acima indicado**⁵⁰. (grifei)

As decisões manipulativas são fundamentalmente de dois tipos: *a)* as que implicam uma alteração do texto constitucional e *b)* as que implicam numa alteração do texto da lei.

As do primeiro tipo – que imprimem uma alteração ao texto constitucional – podem ser chamadas de sentenças de revisão constitucional e resultam numa atividade hermenêutica em razão da qual o parâmetro constitucional é ampliado, com a criação de uma nova norma constitucional.

⁵⁰ Sentença Nº 26/61, de 23 de maio: *Nei casi in cui la Costituzione stabilisce che la legge provveda direttamente a disciplinare una determinata materia (per esempio, art. 13, terzo comma), non può concepirsi che nella materia stessa l'art. 2 permetta la emanazione di atti amministrativi che dispongano in difformità alla legge prevista dalla Costituzione. Per quanto riguarda quei campi rispetto ai quali la Costituzione ha stabilito una riserva adoperando la formula "in base alla legge" o altra di eguale significato, giova ricordare che la costante giurisprudenza di questo Collegio, formatasi principalmente nei riguardi dell'art. 23 della Carta costituzionale, ha ritenuto ammissibile che la legge ordinaria attribuisca all'Autorità amministrativa l'emanazione di atti anche normativi, purché la legge indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'organo a cui il potere è stato attribuito. E, pertanto, nLopez Ulla vieta che, nelle materie ora indicate, una disposizione di legge ordinaria conferisca al Prefetto il potere di emettere ordinanze di necessità ed urgenza, ma occorre che risultino adeguati limiti all'esercizio di tale potere. Si può concludere che la omessa prescrizione, nel testo dell'art. 2, del rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico renderebbe possibile - ed in realtà ha reso, di recente, possibile - un'applicazione della norma, tale da violare i diritti dei cittadini e da menomare la tutela giurisdizionale. È, dunque, da ritenere che l'illegitimità dell'art. 2 sussiste soltanto nei limiti in cui esso attribuisce ai Prefetti il potere di emettere ordinanze senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico, intesa questa espressione nei sensi sopra indicati.” (grifei)*

O segundo tipo de decisões manipulativas proferidas pela procedência da inconstitucionalidade é o mais difundido e se subdivide em três categorias, a saber:

1. *Sentença de Acolhimento Parcial* - a Corte declara ilegítima tão somente uma parte do texto legal. Para garantir a permanência no ordenamento jurídico da lei impugnada e, com isso, evitar a formação de lacunas no sistema, à Corte Constitucional cabe declarar a ilegitimidade parcial do texto, possibilitando permanecer no conjunto normativo a disposição que não resultou ilegítima ou as que não foram impugnadas. Essas sentenças são muito frequentes e se manifestam quando a Corte decide reduzir uma parte da norma sob as fórmulas '*nella parte in cui dice/prevede*', '*stabilisce*' ou '*dispone*', ou, ainda, uma parte da disposição, segundo a fórmula '*limitatamente alle parole*'.

2. *Sentença Aditiva* - são decisões nas quais a Corte declara a ilegitimidade das disposições '*nella parte in cui non*' prevêem aquilo que seria constitucionalmente necessário prever. A 'adição' seria, então, de um dispositivo garantístico ou principiológico que, omitido pelo legislador, gerou a ilegitimidade legal.

Vale observar que a Corte não é livre para inventar a norma a ser acrescida ao significado normativo da disposição, mas ao contrário, o juiz remetente deve indicar a direção da adição; no caso concreto objeto do seu julgamento, o juiz percebe a ilegitimidade derivada da ausência da previsão normativa e pede expressamente à Corte a integração normativa com uma regra que proporcione a constitucionalidade do texto legal, ou, no caso da via direta de constitucionalidade, a norma não é inventada ao livre arbítrio dos juízes constitucionais, mas sim, extraída de uma situação análoga.

3. *Sentenças Substitutivas* - são as decisões com as quais a Corte declara a ilegitimidade de uma disposição legislativa '*na parte em que prevê X ao invés de Z*'. Assim, a Corte substitui uma locução da disposição, incompatível com a Constituição, por outra constitucionalmente correta. A correção é o caminho para remediar um erro técnico-material do legislador.

A par da existência dessas sentenças interpretativas pela procedência da inconstitucionalidade de norma é importante observar que delas decorrem alguns problemas evidentes, como quando a Corte é acusada de invadir a discricionariedade do legislador, substituindo ou adicionando elementos à lei. De regra, o que impulsiona os membros da Corte Constitucional a atuarem sobre questões que, ordinariamente não lhes competem, é a necessidade de eliminar lacunas e ausências no sistema jurídico para prevenir conflitos

surgidos a partir de uma redação equivocada e não correspondente aos anseios de certa realidade política, social e econômica. De outra parte, não tem a Corte qualquer poder de impor aos juízes regras acerca da aplicação das suas sentenças, porque seus efeitos são regulados pela Constituição e pelas leis; os juízes sempre defenderam perante a Corte a sua autonomia para valorar as sentenças decorrentes dos julgamentos que lhes competem.

2.4 Eficácia Vertical e Horizontal no Sistema de Controle Concentrado Italiano

Por ser a jurisprudência italiana rica no tratamento do direito à igualdade e, mais que isso, por ser tal princípio um dos mais utilizados – se não, o mais utilizado – pelo sistema constitucional desse país para fundamentar e justificar a obediência à segurança jurídica, a análise da eficácia vertical e horizontal das decisões constitucionais será antecedida pela exposição da evolução jurisprudencial deste princípio perante a Corte Constitucional Italiana.

A previsão da igualdade no sistema jurídico italiano remonta ao Estatuto Albertino de 1848⁵¹, documento normativo elaborado com fundamento no constitucionalismo liberal instituído a partir da Revolução Francesa de 1789 e da sua consequente Declaração de Direitos do Homem, de acordo com a qual os homens nascem livres e iguais em dignidade e em direitos⁵².

De fato, durante o período de vigência do Estatuto Albertino, o princípio da igualdade, como sua máxima expressão interpretativa, foi um pressuposto adotado para a uniformização do regime das liberdades individuais, reconhecido a todos indistintamente, inobstante ter o seu conceito fundado num postulado positivista de uma lei geral e abstrata, resumido, enfim, no princípio da legalidade (BALDASSARE, 1984, p. 121 e ss).

O advento da Constituição Italiana de 1948 representou a passagem do Estado liberal ao social e expressou uma mudança estrutural da sociedade sob os aspectos político, social e jurídico, dentre outros, passando o poder público a intervir, por intermédio de políticas públicas, nas relações instituídas no grupo social, de modo a diminuir as injustiças e diferenças criadas durante aquele período marcado pelo liberalismo político.

⁵¹ O artigo 24 do Estatuto Albertino prevê que *tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili e militari, salve Le eccezioni determinate dalle leggi*”.

⁵² Déclaration Universelle des droits de l'homme. Article 1: *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité.*

O efeito desta reestruturação política foi claramente observado naquele texto constitucional, sendo oportuno enfatizar que o constituinte originário de 1948 assegurou à igualdade formal, prevista no artigo 3º, item 1⁵³, um significado mais moderno ou talvez, mais eficaz⁵⁴.

Isto porque, apesar da atual regulamentação sobre este princípio não dispor sobre conteúdo de leis, porque não determina que o conteúdo das leis deva ser igual para todos os cidadãos⁵⁵, ou que os cidadãos devem ser igualmente tratados na lei, define a sua força e eficácia de modo a evitar a criação de situações distintas de cidadão para cidadão, ou mesmo entre categorias de cidadãos, como também a disparidade de tratamento com fundamento em um dos critérios indicados no texto constitucional (ESPOSITO, 1954, p. 19 e ss.; PIZZORUSSO, 1984, p. 143 e ss.; VERGOTTINI, 2000):

Art. 3º. Todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião política, de condições pessoais e sociais. É atribuição da República remover os obstáculos de ordem econômico e social, que limitam de fato a liberdade e igualdade entre os cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores para a organização política, econômica e social do País⁵⁶.

Em outras palavras, podemos afirmar que o princípio da igualdade possuía um significado meramente formal correspondendo à realidade do Estado mínimo, do período Albertino, sendo-lhe totalmente ausente um conteúdo capaz de evitar um tratamento distinto daquelas situações que se encontravam em condições equiparáveis. Todavia, a partir do Estado Social, este princípio adquire uma característica material, no sentido de admitir como atribuição do Estado, a elaboração de medidas capazes de minimizar as injustiças sociais causadas pela desigualdade existente entre os homens, garantindo, ainda, sob a igualdade

⁵³ *Costituzione della Repubblica Italiana del 1948; Articolo 3, comma 1: Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.*

⁵⁴ Sobre esse assunto, Paladin (1965, p. 151) afirma que a primeira fase é caracterizada pelo conceito de igualdade perante a lei como um programa de legislação; a segunda fase se utiliza do mesmo princípio como norma geral da atividade de execução, e especialmente de discricionariedade administrativa; e a terceira, enfim, demonstra a possibilidade de transformar a igualdade em um pressuposto de justificativa da lei, e mesmo um atributo de todo o sistema normativo.

⁵⁵ Interessante observar que a Corte Constitucional Italiana estendeu o princípio aos estrangeiros e apátridas depois das sentenças 120/1967 e 54/1979, pois a igualdade era reservada aos cidadãos e não aos homens.

⁵⁶ *Artículo 3º. Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.*

formal, que as situações iguais devem ser igualmente regulamentadas, como também, proibir o tratamento distinto de algumas situações previstas constitucionalmente.

A Corte Constitucional Italiana inicialmente interpretou o artigo 3º da Constituição Italiana no sentido de não julgar as diferenças operadas pela lei e as suas respectivas motivações, o que implicaria em ponderações de natureza política ou em um juízo sobre o poder discricionário do legislador. Esta é a análise exposta na Sentença n. 03 de 1957, primeira decisão fundada na igualdade formal, e na Sentença n. 28 do mesmo ano, que melhor precisou a linha exegética utilizada na sentença anterior.

Daquela primeira interpretação constitucional sobre igualdade perante a lei – instituída a partir da Sentença n. 03/1957 – pelo menos três aspectos acerca do posicionamento da Corte são de importante observação, segundo Ferrara (FERRARA, 1984, p. 89 e ss):

→ o legislador deve assegurar igualdade de tratamento no momento da aplicação normativa, quando iguais são as condições subjetivas e objetivas referidas nas normas jurídicas;

→ a relevância das diferenças existentes entre as situações que devem ser reguladas é de análise discricionária do legislador;

→ cabe ao legislador determinar os limites dentre os quais sua discricionariedade poderá ser exercida, ressalvados aqueles determinados pelo constituinte no artigo 3º.

Por sua vez, na Sentença n. 28/1957, a Corte confirmou o posicionamento constitucional adotado anteriormente ao proclamar no seu texto a impossibilidade questionar a correspondência entre os diversos regulamentos e as diversas situações regulamentadas, bem como, afirmando ser competência do legislador diferenciar as situações de fato para, então, tratá-las juridicamente sob um prisma também diverso.

Entretanto, esta orientação deixou de ser adotada após a Sentença n. 53/1958, posicionando-se a Corte Constitucional de modo a justificar a sua intervenção para verificar se o texto normativo resultava de um desenvolvimento linear de uma escolha discricionária, operada pelo legislador, sobre a valorização da igualdade ou diversidade que envolvia a situação objeto de uma regulamentação.

Sobre este propósito, uma parte da doutrina italiana, questionando sobre a possibilidade do controle de constitucionalidade da relação de congruência entre o meio e o fim legal, elaborou uma crítica contra a Sentença nº 53/1958, tendo em consideração que a

Corte, neste sentido, exercitava uma função de valoração fática, não prevista constitucionalmente como de sua competência, porque do poder legislativo. (MORRONE, 2001).

Um importante aspecto sobre a igualdade formal a ser também observado, nesta mesma sentença da Corte Constitucional Italiana, se refere à exigência imposta ao legislador de não apenas tratar igualmente as situações iguais, mas, ainda, de regular situações diversas mediante disciplinas jurídicas diferenciadas. Observa-se pela análise da jurisprudência constitucional italiana que, desde o início da atuação da Corte Constitucional, não houve o intuito de promover a igualdade em um julgamento acerca da justiça do texto legal ou sobre o mérito da norma, mas, ao contrário, tal julgamento limitar-se-ia a verificar a ausência de privilégios ou disposições discriminatórias, isto é, de *leggi personali* ou *d'eccezione* desprovidas de justificativa⁵⁷.

Até então, como acima mencionado, a Corte consentia apenas, sem exigir dos responsáveis pelo exercício da função legislativa, na elaboração de textos normativos diferenciados para disciplinar as situações que, de fato, se apresentavam diversas. Deve-se enfatizar, porém, que, ainda ou principalmente nos anos sucessivos, a Corte Constitucional, através de um contínuo processo evolutivo, desenvolveu a interpretação do artigo 3º, introduzindo o critério da razoabilidade na valoração das decisões operadas com base no princípio da igualdade formal.

Realmente, a orientação da Corte nesta direção se iniciou com a Sentença n. 46/1959 que introduziu o critério da razoabilidade, como fundamento necessário de justificativa das diferenças reconhecidas pelo legislador, caracterizando situações como iguais ou mesmo desiguais. Porém, foi a Sentença n. 15/1960 que, ao definir nas decisões constitucionais a razoabilidade, afirmou que não basta que a norma não contraste com os preceitos inderrogáveis insculpidos no artigo 3º, primeira parte, da Constituição Italiana, pois o princípio da igualdade manifesta-se violado também quando a lei, sem motivo razoável, estabelece um tratamento diverso aos cidadãos que se encontram em situação igual, reforçando, assim, o aceno da Sentença n. 53/1958, no sentido de não excluir da Corte Constitucional a valoração fática dos casos concretos.

⁵⁷ Na Decisão da Corte n. 46/1959 afirmou-se o entendimento com base no qual se situava além do juízo sobre a legitimidade constitucional os questionamentos com o objetivo de apurar se a lei era justa, igual, oportuna, completa e tecnicamente bem feita, sendo este campo reservado à apreciação exclusiva do legislador. Nesse mesmo sentido. (BARTOLE, 2008, p. 22)

Desta forma, a Corte Constitucional para preservar a valoração da escolha política do legislador, eventualmente ignorada durante a produção normativa, poderia garantir a coerência do sistema de normas através de pronúncias de sentenças interpretativas de procedência da ilegitimidade constitucional, no sentido de excluir do alcance da igualdade formal situações que deveriam, sob o critério da razoabilidade, ser tratadas distintamente.

Depois deste último posicionamento expresso nas sentenças constitucionais, a doutrina italiana, visando estabelecer limites à atuação da Corte Constitucional, desenvolveu duas categorias diversas de utilização do critério da razoabilidade no controle de constitucionalidade das normas.

Uma primeira categoria seria aquela com base na qual a Corte, tendo como objetivo salvaguardar a coerência ou não contradição do sistema jurídico, pronunciaria suas sentenças sem introduzir uma valoração subjetiva, porque todas as respostas às suas perguntas podem – e devem – ser encontradas nas escolhas valorativas realizadas pelo próprio legislador, no momento em que elaborou as normas que integram o sistema jurídico. (FERRARA, 1984. p. 89 e ss.)

Uma segunda forma de atribuir razoabilidade no controle de constitucionalidade das normas ocorreria, por sua vez, sempre que os juízes constitucionais sobrepusessem a sua racionalidade sobre a do legislador, com a finalidade de perseguir a *ratio legis* e, neste sentido, a Corte não pode, e nem mesmo deve fazer política, mas, ao contrário, deve julgar a política operada pelo legislador, que a despeito de ser indiscutivelmente livre nas suas escolhas deve respeitar a harmonia do ordenamento. E, nas situações em que, esta harmonia seja lesada, é competência dos juízes, no momento da interpretação e aplicação da lei, reequilibrar o conjunto normativo, ainda quando seja imprescindível a valoração de fundamentos constitucionais outros além daqueles correspondentes à escolha legislativa no momento do labor legislativo. (ZAGREBELSKY, 2005; ZAGREBELSKY, 1984, p. 103 e ss).

Conforme Bartole e Bin, (BARTOLE; BIN, 2008, p.23) a Corte tem insistido na necessidade de especificar a *ratio legis* com o fim de julgar com base no princípio da igualdade; se precedente a afirmação de que objeto de verificação é a comparação entre as situações através das quais se apura se foi respeitada a regra de tratamento igual para situações iguais e diverso para situações diversas, e, se também é verdade que a identidade ou

deformidade das situações se deduz do texto normativo, é evidente que é necessário reconstruir a razão justificadora da lei⁵⁸.

Nesse sentido, dentre outras tantas, a Sentença Constitucional n. 264/2005 sobre a igualdade, que dispõe sobre o correto uso do poder normativo e sua implicação sobre as razões que definem aquela específica equiparação ou distinção.

Nestes termos, parece ser evidente que a razoabilidade, inicialmente admitida como critério de coerência na aplicação da igualdade formal, *pari passu*, perde essa condição para adquirir outra, ainda mais ampla e importante, qual seja, a de instrumento necessário para conformar todo o ordenamento jurídico. A razoabilidade, então, não deve ser vista como uma característica da Constituição, mas, ao invés, como um mecanismo de adequação do sistema jurídico, de modo a garantir-lhe coesão, permitindo à Corte a possibilidade de interpretar sob um aspecto mais flexível – ou mais justo – as disposições a serem aplicadas aos casos concretos, adaptando-as às exigências e às necessidades sociais que estão sempre em constante transformação.

A razoabilidade, quando observada no exercício do controle de constitucionalidade aplicado ao princípio da igualdade formal, adota o exame, ao mesmo tempo, dos valores que justificam o caso concreto, do critério de congruência meio-fim da lei operada pelo legislador e o balanço entre os valores envolvidos na interpretação do caso em questão. (BARTOLE, 2008).

Ao exercer o controle constitucional de uma norma, a observação inicial que deveria ser realizada pelo Tribunal, seria a de constatar a legitimidade e a relevância social dos valores expressos no caso concreto objeto de regulamentação, de modo tal a garantir-lhe um tratamento jurídico distinto daquele dirigido a outros casos concretos que, ainda que considerados semelhantes sob alguns aspectos, possuem diferenças sublinhadas pelo legislador através de uma norma, a qual tem a tarefa de reunir, no momento da sua aplicação, resultados específicos provenientes deste tratamento jurídico, sendo os princípios que o subsidiam como suficientemente relevantes socialmente e legítimos em modo tal de lhe garantir uma regulamentação diferente.

No que concerne ao critério congruência meio-fim da lei operada pelo legislador é importante que os juízes percebam que daquele tratamento jurídico diferenciado surgirão algumas consequências que devem, ou pelo menos, deveriam, ser definidas no momento da

⁵⁸ Ver, ainda, outras sentenças constitucionais, como as de números: 264/2005; 89/1996; 518/2000.

produção da norma, justamente para evitar resultados diversos daqueles almejados pelo legislador.

É *conditio sine qua non* para a garantia da razoabilidade da lei que determina um tratamento diferenciado, a verificação da compatibilidade do meio empregado – a norma regulamentando este tratamento diferenciado – e os respectivos efeitos provenientes da sua aplicação, seja para reafirmar a existência de uma distinção não apenas de fato, como também e, principalmente, de direito, entre dois ou mais casos concretos, seja para desfazer uma prévia realidade de discriminação através de uma norma que deverá minimizar as consequências nefastas de uma discriminação já existente.

Portanto, seria importante que os juízes, ao controlar a constitucionalidade de uma lei, verificassem a adequação da norma criada para alcançar os efeitos desejados pelo legislador, ou seja, se a norma que institui um tratamento jurídico distinto entre dois ou mais casos concretos é o instrumento capaz de produzir os efeitos específicos necessários para a garantia da legitimidade do *case* regulamentado, ou, ao invés, se estes poderiam ser alcançados através de um procedimento jurídico distinto.

Além dessa questão sobre a adequação da norma para equacionar os conflitos sociais, seria igualmente necessário que o tribunal constatasse a legitimidade e eficácia dos efeitos decorrentes da sua aplicação para a proteção dos interesses envolvidos no caso concreto determinado e, ainda, se seriam suficientes para equilibrar as relações jurídicas influenciadas direta ou indiretamente pela norma.

Isto porque, quando menciona-se que o juízo sobre a igualdade formal deve ponderar o equilíbrio das relações jurídicas influenciadas direta ou indiretamente pela norma estamos diante de um inevitável juízo de valores de diversos interesses e, por isso, a necessidade da individualização da *ratio legis*, como instrumento de justificativa do tratamento diferenciado.

O balanço entre os valores constitucionais corresponderia, portanto, à análise axiológica do caso concreto em questão, de modo a estabelecer quais valores deveriam preponderar na orientação dos juízes durante o processo de hermenêutica da lei submetida à sua análise constitucional, garantindo assim, além da unidade do ordenamento jurídico, a coerência do texto normativo impugnado. Em nenhum momento se afirma a existência de incompatibilidade de valores; os juízes não estão diante de um conflito entre valores – o que implicaria necessariamente a exclusão ou minimização de alguns em prol de outros, de acordo com a escolha interpretativa realizada pela Corte – mas, sim, na atribuição

de importâncias, ou mesmo, prioridades variáveis, aos valores constitucionalmente previstos, em razão dos interesses a serem resguardados e protegidos em concreto. A função dos juízes é justamente a de estabelecer a escala de valores constitucionais aplicáveis a determinada situação de modo a garantir à lei a sua compatibilidade com o sistema normativo e eficácia suficiente para satisfazer os interesses públicos em conflito.

Esse balanço implica, assim, num primeiro momento, na individualização dos interesses envolvidos na situação *sub judice*, sejam aqueles reconhecidos pelo legislador, quanto aqueles – igualmente merecedores de tutela no caso concreto – ignorados por ele durante o processo legislativo e, em uma fase posterior, na composição daqueles interesses em caso de se configurar a necessidade de ponderação de valores constitucionalmente relevantes e equiparáveis⁵⁹.

Ocorre, porém, que esse juízo relacional não se limita aos valores aplicáveis ao caso submetido à análise da justiça constitucional, uma vez que o juiz não deve limitar-se a indicar a norma a ser dirigida ao caso concreto e determinar o parâmetro constitucional que justifica o tratamento igualitário; é imprescindível que, em defesa da igualdade formal, seja evidenciado um termo de comparação normativa – *tertium comparationis* – com base no qual se justificará o tratamento igual ou diferenciado.

Importante demonstrar que a discussão referente ao *tertium comparationis* envolve dois aspectos centrais: primeiro, o *tertium comparationis* não pode ser representado por uma norma excepcional, cujos elementos identificadores não podem servir de objeto de comparação em relação a outras disciplinas normativas que abrangem situações não excepcionais; e, de outro modo, quando adotar esse caráter excepcional, sua aplicação se restringe àqueles taxativamente previstos como casos caracterizados por essa mesma excepcionalidade. Vejamos o posicionamento da Corte quanto ao assunto, na decisão constitucional n. 418/2004:

⁵⁹ Interessante observar a análise feita por Morrone (2001, p.28 e ss) que afirma: “ *seppure “ragionevolezza” e bilanciamento di interessi” hanno di mira il controllo della discrezionalità legislativa: nel primo caso é interno alle scelte legislative, relativo ai canoni (di coerenza, ragionevolezza, congruità rispetto al fine) che il legislatore deve comunque rispettare nel compiere Le sue scelte, quali esse siano. Nel secondo caso il sindacato è esterno, nel senso che il parametro è una norma sostanziale che limita l’ambito delle scelte discrezionali, non il metodo con cui assumerle”*

[...] esta Corte... já afirmou em outras ocasiões que a disciplina admitida como *tertium comparationis*, [...] além de não possuir conteúdo constitucionalmente vinculado, tem caráter excepcional e não poderia então ser estendido além dos casos expressamente previstos⁶⁰.

E, como segundo aspecto, aquele que talvez represente o maior ou o mais complexo dos problemas relacionados à igualdade formal, que é o de definir os critérios que homogeneizam as situações reguladas pelas normas postas em confronto, isto é, identificar quais características dos casos concretos devem ser consideradas relevantes para justificar um tratamento igual.

Isso porque, como o ordenamento italiano adotou como base de sua formação o positivismo jurídico, desenvolvido a partir do sistema *civil law*, admitir-se-ia que os juízes, ao valorarem um precedente judicial, não estariam obrigados a nele reconhecer um vínculo jurídico, permitindo-se, nesse contexto, a tais julgadores, uma margem ampla de atuação no que concerne à modificação do critério interpretativo por eles adotado ou mesmo daqueles adotado pelos demais juízes.

2.4.1 Eficácia Vertical na Jurisprudência Italiana

Uma parte da doutrina italiana vem entendendo que, inclusive nos sistemas de tradição civilista, deve-se reconhecer o valor jurídico aos precedentes dos órgãos jurisdicionais em geral e, no que tange a este trabalho, em relação especificamente, às decisões proferidas pela Corte Constitucional Italiana, único órgão competente para processar e julgar questões referentes à ilegitimidade constitucional das normas que integram o ordenamento jurídico e para exercer a função de guardião da Constituição. E essa constatação decorre, a meu ver, da própria compreensão do funcionamento da jurisdição constitucional italiana, *i.e.*, a uniformização da interpretação dos preceitos constitucionais no sentido de que cabe a esta Corte a tarefa de uniformizar a interpretação atribuída aos preceitos constitucionais.

Podemos aplicar esta reflexão, por exemplo, em relação aos efeitos decorrentes das sentenças pela improcedência da existência do vício de inconstitucionalidade de uma norma.

Vimos, anteriormente, que os efeitos *inter partes* devem ser atribuídos às sentenças pela improcedência da inconstitucionalidade, pois, na prática, existe apenas um ‘vínculo

⁶⁰ Decisão Constitucional n. 418/2004: “...questa Corte... ha già avuto occasione di affermare che la disciplina assunta quale *tertium comparationis*,... oltre a non avere contenuto costituzionalmente vincolato, ha carattere eccezionale e non potrebbe quindi essere estesa oltre i casi espressamente previsti.”

moral' dos juízes que compõem o Judiciário em adotar o entendimento firmado pela Corte Constitucional no exercício da sua jurisdição constitucional.

Ora, a admissão de tal posicionamento pressuporia infirmar a segurança jurídica fundada no princípio da igualdade na aplicação da lei. Explica-se: se as razões que rejeitam a questão sobre o vício de inconstitucionalidade, tal como foi levantado, permanecem inalteradas, para que a Corte – caso provocada novamente – modifique seu entendimento, declarando, agora, inconstitucional essa mesma norma, impõe-se o surgimento de novas razões para fundamentar a ilegitimidade constitucional. Essas novas razões podem ser de ordem institucional, social ou mesmo jurídica. Aquelas razões de ordem institucional se manifestariam diante da alteração na composição da Corte, de modo a influenciar a linha exegética que vinha sendo adotada pelo órgão de jurisdição constitucional. Já as razões de ordem social apareceriam em decorrência da dinamicidade que permeia as relações sociais, isto é, quando são modificadas as bases econômica, política, cultural, social e ideológica que justificam uma dada interpretação normativa; ou, ainda, se de ordem jurídica as razões, que ocorreria quando – a despeito da composição inalterada da Corte e sob os mesmos fundamentos econômicos, políticos, culturais e sociais –, os juízes constitucionais passem a entender o direito – a norma extraída de uma disposição legal, como ciência social que é por natureza, a partir de uma nova perspectiva. Dizendo de outra forma: se, por exemplo, adotando até então, a interpretação literal, os juízes constitucionais alcançavam uma compreensão do significado da norma incompatível ao texto constitucional, uma vez utilizada a interpretação teleológica ou sistemática, os mesmos juízes constitucionais conseguiram vislumbrar um alcance outro para a norma, de modo a compatibilizá-la ao texto constitucional, tornando-a condizente com o valor da justiça, que é a finalidade última do direito.

O que se pretende afirmar é que, na prática, a declaração que rejeita a existência de um vício de inconstitucionalidade de uma norma deveria ter efeito *erga omnes*, assim como a que a acolhe. E o motivo que justifica tal afirmação me parece muito evidente, senão, vejamos: o Órgão competente para declarar a ilegitimidade constitucional ou rejeitar o vício que fulminaria de inconstitucionalidade um preceito normativo é, exclusivamente, a Corte Constitucional; portanto, a independência funcional dos integrantes do Judiciário, que se pretende resguardar com a atribuição do efeito *inter partes* às declarações da Corte que rejeitam a existência de um vício na norma, não ficará comprometida, sob qualquer aspecto,

caso seja atribuída a eficácia *erga omnes* a tais decisões, exatamente porque distintas são as atribuições da Corte e as dos órgãos do Judiciário.

Estamos diante de um balanço entre os valores da independência da função judiciária e a segurança jurídica dos cidadãos, com fundamento, mais especificamente, na igualdade a quando da aplicação da lei, uma vez que, se no controle incidental de normas, apenas o juiz *a quo* está vinculado à decisão que garantiu a permanência da norma no sistema, restando os demais juízes sem qualquer vinculação em nome da independência funcional, é de se considerar que:

- i) A aplicação do princípio da independência funcional é relativa, uma vez que o juiz *a quo* sofre restrições na sua independência funcional que, de outro modo poderia salvaguardá-la se evitasse discutir a norma perante a Corte, ainda que deixasse de contribuir para a legitimidade democrática que caracteriza a jurisdição constitucional;
- ii) Como consequência lógica, justificar-se-ia a permanência no ordenamento jurídico de normas de constitucionalidade questionável ou de legitimidade apenas presumida, ao invés de ter a declaração de existência ou inexistência de um vício de inconstitucionalidade proferida pela Corte, garantindo, deste modo, a segurança jurídica e a eventual desarmonia do sistema;
- iii) A igualdade na aplicação da lei restará lesada: a situação concreta que justificou, no caso do controle incidental, a remessa da norma à Corte, está vinculada à decisão proferida por este Órgão constitucional. Pergunta-se: o que ocorre em relação a todos os demais casos que lhe sejam idênticos? Seria justo que para preservar a independência funcional, se mantivessem fora do alcance dos efeitos da rejeição do vício de inconstitucionalidade de uma norma, ignorando o princípio da separação dos poderes e do processo democrático de elaboração normativa do qual fizeram parte os representantes do povo no exercício da função legiferante? E como preservar o preceito que admite que a norma é geral e abstrata devendo ser oponível contra todos ou em favor de todos indistintamente? Não estaria ele sendo claramente violado? (CATELANI, 1993, p. 145 e ss).
- iv) O que estou afirmando é que, ainda que a figura do precedente não seja um elemento que caracteriza a justiça constitucional italiana, para resguardar a igualdade na aplicação da lei, a simples mudança de entendimento reiterado firmado pela Corte deve ter seu fundamento respaldado no alcance da Justiça, bem

como, em um dos critérios acima relacionados, isto é, de ordem institucional, social ou jurídica.

Esposito (ESPOSITO, 1954, p. 40–41), renomado jurista italiano, analisando a aplicação do princípio da igualdade na justiça constitucional daquele país admitiu que, exatamente porque os juízes deveriam se submeter somente à lei, não poderiam estar vinculados às decisões precedentes, enquanto que em outros ordenamentos, os juízes são vinculados às decisões anteriores e a outras orientações judiciais, exatamente porque se quer preservar, dentre outros, o princípio da igualdade na aplicação da lei. Conclui, ainda, o mencionado jurista, afirmando que se os juízes agirem de acordo com a lei, os julgamentos serão de fato iguais para todos os cidadãos, não havendo necessidade de uma exigência a mais no que concerne a essa igualdade.

Será que o entendimento de Esposito (1954) defendido em meados do Século XX, representa nos dias atuais, a complexidade dos sistemas jurídicos?

Devemos observar dois aspectos fundamentais que deveriam ser considerados pela doutrina italiana ao defender a vinculação do juiz exclusivamente à lei, no exercício da sua função jurisdicional.

Primeiro, a lei é apenas uma das fontes através das quais o direito se manifesta, e, em sendo assim, não podemos ignorar as demais existentes, como a jurisprudência, para que seja alcançada a justiça nas relações sociais.

Segundo a lei, documento jurídico geral e abstrato, adquire concretude quando aplicada no deslinde de uma situação fática e o que garante tal concretude é exatamente a interpretação que lhe foi atribuída. Ora, sabemos que várias são as formas através das quais podemos interpretar uma norma e a variação desse critério interpretativo provavelmente nos remeterá a resultados diferentes quanto à exata definição do conteúdo e alcance da norma, demonstrando que, ainda que a mesma disposição seja aplicável por todos, indistintamente, o modo como a interpretamos – se fundada no historicismo, na literalidade, na teleologia ou em outra forma interpretativa –, nos permitirá traduzir em conteúdos normativos distintos aquele mesmo dispositivo, dando margem para que, neste contexto, casos semelhantes sejam tratados de formas diferentes, se no exercício da função jurisdicional os juízes se submeterem e se limitarem ao império da lei, como fonte exclusiva do direito. (COMELLA, 1997).

Ollero (2005) expõe muito bem que ainda que exista a intenção refletida em alguns plexos jurídicos, de garantir que o juiz se submeta apenas ao conteúdo positivado pelo

legislador, indagações surgem durante todo o processo de concretização judicial, em relação às quais a lei pode não ser capaz de trazer soluções, porque relacionadas à contextualização da justiça ao momento histórico da aplicação do direito.

Portanto, urge admitir, mesmo nos sistemas fundados no *civil law*, que as decisões judiciais também são fontes do direito, visto que o juiz também cria normas.

Em relação à eficácia das decisões proferidas pela Corte Constitucional concebida inicialmente por Hans Kelsen, equivalente à função de legislador negativo ao declarar a inconstitucionalidade de uma determinada norma, estabelecendo o modo pelo qual não deveria o legislador elaborar textos legais porque estaria agindo contra os valores sociais plasmados na Constituição, cedeu lugar a uma conotação positiva da função jurisdicional constitucional.

Assim, nas próprias sentenças interpretativas como nas proferidas pela improcedência da inconstitucionalidade normativa a Corte se posiciona quanto à forma através da qual o dispositivo impugnado deve ser aceito e aplicado diuturnamente.

Ora, se compete à Corte Constitucional interpretar a Constituição e, também julgar a legitimidade constitucional das normas que compõem o sistema jurídico e, sendo esta função exclusivamente sua, todos os demais órgãos do judiciário e da administração pública, deveriam adotar, no exercício das suas funções, a mesma interpretação e o mesmo entendimento delineados pelo órgão jurisdicional constitucional.

Para que a eficácia vertical das decisões constitucionais tenha como fundamento a segurança jurídica e a preservação da igualdade na aplicação da lei, é imprescindível que as variáveis que aproximam ou distanciam duas ou mais situações sejam definidas objetiva e claramente, exatamente para que se torne evidente junto às instâncias do Judiciário, qual decisão constitucional deverá servir de fundamento jurídico para a solução do conflito submetido à sua apreciação.

Sabemos que a Corte Constitucional ao proferir uma decisão deverá se basear nos limites da impugnação – salvo no caso de inconstitucionalidade consequencial como já mencionado – conforme dispõe o artigo 27, da Lei n. 87/1953⁶¹, *infra*:

⁶¹ Artigo 27, Lei 87/1953: *La Corte costituzionale, quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questionidilegittimitàcostituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime. Essa dichiara altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata.*

[...] a Corte constitucional, quando acolhe uma instância ou recurso relativo a questões de legitimidade constitucional de uma lei ou ato com força de lei, declara, nos limites da impugnação, quais são as disposições legislativas ilegítimas. Declara quais são as outras disposições legislativas, cuja ilegitimidade deriva como consequência da decisão adotada.

Essa impugnação deve demonstrar o *thema decidendum*, do qual não pode a Corte se distanciar: o parâmetro de constitucionalidade, a norma e o *tertium comparationis*, que é o motivo que suscitou o questionamento da ilegitimidade constitucional, em razão da adoção de uma disciplina diversa daquela utilizada para solucionar a questão denunciada, para a solução de outro caso específico.

De acordo com as lições de Ollero (OLLERO, 2005, p.17–18) já anteriormente esboçadas, podemos definir como variáveis objetivas que aproximam duas situações para receberem um mesmo tratamento jurídico e, portanto, corresponderem à igualdade na aplicação da lei:

- a) a identidade do parâmetro de constitucionalidade;
- b) a identidade da norma e da razão que justifica o seu questionamento perante a Corte;
- c) a identidade entre os elementos que caracterizam ambos os casos: se relacionados a uma restrição no exercício de um direito, a uma ampliação, ou mesmo a sua inexistência; a condição jurídica dos jurisdicionados envolvidos nas relações, quanto à titularidade do exercício do direito em questão; e o momento da aquisição, restrição ou ampliação do direito, ou quando deveriam ter sido realizados;
- d) a identidade entre os objetivos que se quer alcançar ou os direitos que se quer proteger com o deslinde do caso.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, se qualquer um desses critérios elencados não for identificado no caso que serve de comparação – *tertium comparationis* – não há que se cogitar a ofensa ao princípio da igualdade na aplicação da lei se as decisões proferidas não forem equivalentes.

Mas não basta que sejam respeitados esses critérios objetivos para garantir a igualdade na aplicação da lei, e assim, a segurança jurídica nas relações sociais.

Deve-se observar, também, que a pretendida equiparação deve ser considerada a partir do mesmo critério de interpretação adotado na situação a que se quer igualar; pois, pode

ocorrer de o termo de comparação ter sido respaldado numa interpretação já superada, porque não mais adequada aos valores atuais da sociedade.

Em verdade, o que devemos exigir do órgão aplicador do direito é que adote o mesmo critério para avaliar situações idênticas ou mesmo parecidas e, quando assim não o faça, que justifique, motivadamente, o porquê do distanciamento daquele critério. Isto porque, uma mesma lei, pode representar consequências jurídicas distintas – tal falta de exatidão é natural ao direito, ciência social que é – quando aplicada aos casos concretos, exatamente, porque diferentes foram os critérios jurídicos e as peculiaridades fáticas que subsidiaram sua aplicação ao caso em questão.

De outra maneira, desde que verificados todos os elementos acima expostos, se o órgão aplicador do direito adotar, para a solução de um caso concreto, entendimento outro não esboçado pela Corte é imprescindível que, em respeito à igualdade na aplicação da lei, seja motivada a não adoção desse critério, não devendo ser esta motivação arbitrária, mas sim, fundada em razões jurídicas e obtidas a partir de critérios objetivos e gerais (OLLERO, 2005, p. 20–25)

De toda esta análise exposta, podemos depreender que a despeito de existirem distinções entre os sistemas erigidos com fundamento na tradição civilista daqueles de origem anglosaxônica – distinção essa que não será objeto de estudo neste trabalho – fato é que, cada vez mais, se aproximam os seus elementos identificadores, de modo que não podemos ignorar a importância das decisões judiciais para a garantia da eficácia da igualdade formal, independentemente da base de formação do plexo normativo.

Entende-se que o princípio da igualdade na aplicação da lei é um dos fundamentos do Estado Democrático e não deve ser interpretado como limite à atuação do legislador apenas, mas um limite à atuação de todos os intérpretes em potencial do Direito, inclusive daqueles que exercem a função jurisdicional.

Essa aproximação se reflete, ainda que inconscientemente, quando os juízes fundamentam suas decisões – mesmo que vinculados à lei e marcados pela independência ao interpretá-la –, em seus próprios precedentes ou em precedentes de juízes integrantes de outros órgãos ou instâncias do judiciário, seja para confirmar ou refutar uma orientação anteriormente defendida (CATELANI, 1993, p. 145 e ss).

Vejamos, então, na prática, como a justiça constitucional italiana compreende a eficácia vertical mediante a análise de casos concretos, cuja seleção se deu com base no

critério da data da publicação das sentenças constitucionais escolhidas para fundamentar os questionamentos aqui propostos, isto é, as decisões mais recentes, desde que tivessem correlação com o objeto desta pesquisa ou que serviram de paradigmas para o desenvolvimento jurisprudencial da Corte Constitucional Italiana.

No sistema italiano, não existe qualquer previsão normativa sobre as decisões interpretativas, cabendo, por este motivo, à doutrina e à jurisprudência elaborar e harmonizar a teoria necessária para justificar a sua adoção nos processos em trâmite perante a justiça constitucional.

Como mencionado na parte descritiva deste capítulo, foi a própria Corte Constitucional que defendeu a sua liberdade de interpretar os dispositivos legais submetidos à sua análise, dando margem, então, ao surgimento das sentenças interpretativas, cuja origem remonta, pontualmente, ao ano de 1956, com a Sentença nº 02, de 14 de junho, que julgou a constitucionalidade do artigo 157 da lei de segurança pública do país nº 773, de 18 de junho de 1931.

Os fundamentos utilizados para justificar o livre interpretar dos dispositivos legais pela Corte Constitucional Italiana se pautaram, basicamente, num tripé estruturado na alegação de que um dispositivo legal pode admitir interpretações diversas, compatíveis ou não à Constituição, deve-se priorizar a sua permanência no ordenamento jurídico, desde que adotada a interpretação que o legitima constitucionalmente e, portanto, desde que declarada improcedente a questão de inconstitucionalidade apenas na medida em que o verdadeiro significado normativo do texto, ou textos em questão, seja aquele que a Corte reconheceu, através de sua atividade interpretativa, como sendo constitucional, não estando, portanto, o Tribunal Constitucional obrigado a vincular-se à interpretação conferida pelo juiz *a quo* àquela norma.

Assim, a despeito da Corte Constitucional pronunciar-se sobre as disposições legais, declara a legitimidade constitucional das várias interpretações que podem ser extraídas desses textos legais, que nada mais são do que os veículos jurídicos informadores das normas jurídicas.

Nesse sentido, a Corte Constitucional admite que, para proferir uma sentença interpretativa pela improcedência da inconstitucionalidade alegada, é preciso que sejam atribuídas normas distintas à disposição legislativa questionada, devendo o intérprete adotar

aquela que seja conforme com a Constituição, permitindo, portanto, a sua adequação ao sistema jurídico, quando aplicada.

Essas decisões são proferidas pela improcedência da existência do vício da ilegitimidade constitucional, cuja motivação tem efeitos *inter partes*, limitada ao caso concreto que provocou a atuação da Corte Constitucional, e *ex nunc, pro futuro*; pode-se mesmo admitir que a eficácia dessas decisões é para o presente e não para o futuro, pois os demais juízes – à exceção do juiz *a quo* que já remeteu a discussão acerca da constitucionalidade normativa para apreciação do órgão de justiça constitucional – podem submeter ao julgamento da Corte idêntica questão de ilegitimidade constitucional, desde que seja reproposta no início de cada instância processual.

O juiz *a quo*, porém, não poderá adotar a sua interpretação original para solucionar o caso concreto, por ser o titular da denúncia de suspeita de ilegitimidade dessa norma, nem poderá submeter novamente a mesma questão de legitimidade constitucional, devendo, apenas, adequar-se à interpretação da Corte ou adotar, eventualmente, uma interpretação que lhe pareça compatível com a Constituição.

Não existem vínculos jurídicos, porém, quanto aos demais juízes que integram o Judiciário, pois, entende-se serem essas interpretações conforme a Constituição, apenas orientações a serem seguidas, sendo negada a sua eficácia vinculante. Entretanto, quando um juiz diverso daquele que provocou a manifestação da Corte, queira aplicar a um caso concreto uma interpretação já anteriormente tida por inconstitucional, deverá submetê-la, novamente, perante a apreciação da Corte Constitucional que, então, reafirmará sua anterior decisão de desaplicar uma interpretação normativa porque ilegítima constitucionalmente, tornando-se, a partir desse momento, o juiz *a quo* vinculado a essa decisão, no sentido de não aplicar tal interpretação para o deslinde do caso concreto.

Nestes termos, a sentença da Corte Constitucional que adota interpretação conforme a Constituição vincula *inter partes*, mas, na prática, alcança a todos indistintamente – *erga omnes* –, porque mesmo que os juízes não estejam obrigados a adotar a interpretação conferida pela Corte e, ainda, que possam provocá-la para se manifestar sobre a mesma norma, a Corte Constitucional Italiana modificará o seu posicionamento quanto à norma interpretada e, portanto, admitir-se-á a sua inconstitucionalidade, apenas se houver um motivo que justifique a mudança do seu entendimento, ainda não trazido à sua análise, para fundamentar tal decisão.

Para melhor compreendermos o que aqui se teoriza, façamos uma análise da Sentença da Corte Constitucional Italiana n.º. 20, de 25 de janeiro de 2010, proferida em sede de via principal, no juízo de legitimidade constitucional do artigo 2º, parte 14, do Decreto Lei n.º. 112, de 25 de junho de 2008, convertido com modificações na Lei n.º. 113, de 06 de agosto de 2008, que dispõe medidas urgentes sobre o desenvolvimento econômico, a competitividade e a estabilização das finanças públicas.

Alega a Recorrente, a Região Emilia-Romana, que no artigo 2º do Decreto Lei No. 112 de 2008 estão previstas diversas disposições que beneficiam a difusão da banda larga, por meio da instalação de redes em fibra ótica, dentre as quais, a parte 14, do artigo 2º ⁶²:

Os entes públicos não podem opor-se a instalação nas suas propriedades de redes de comunicação eletrônica em fibra ótica, à exceção quando se trate de bens que façam parte do patrimônio indisponível do Estado, das províncias e das comunidades e que tal atividade possa implicar um concreto impedimento ao regular desenvolvimento do serviço público.

A Região recorrente lamentou a não inclusão das Regiões entre os entes beneficiados pela cláusula de salvaguarda do patrimônio indisponível. Ainda que a denunciada omissão possa ter sido fruto de uma distração do legislador, a recorrente contesta a violação ao artigo 119 da Constituição ⁶³, sob o argumento de que não pode uma norma estatal ser interpretada no sentido de prever redução do patrimônio das autonomias territoriais sem o necessário balanço dos interesses em jogo. A lei estatal não estaria legitimada a consentir sacrifícios dos interesses regionais que não sejam proporcionais à finalidade perseguida como também não

⁶² Art. 2º, 14, Decreto Lei No. 112/2008: *I soggetti pubblici non possono opporsi alla installazione nella loro proprietà di reti e impianti interrati di comunicazione elettronica in fibra ottica, ad eccezione del caso che si tratti di beni facenti parte del patrimonio indisponibile dello Stato, delle province e dei comuni e che tale attività possa arrecare concreta turbativa al pubblico servizio.*

⁶³ Art. 119, CI: *I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa.*

I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno risorse autonome. Stabiliscono e applicano tributi ed entrate propri, in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario. Dispongono di compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibile al loro territorio.

La legge dello Stato istituisce un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante.

Le risorse derivanti dalle fonti di cui ai commi precedenti consentono ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite.

Per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni.

I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato. Possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento. È esclusa ogni garanzia dello Stato sui prestiti dagli stessi contratti.

estaria legitimada a impedir a adoção de soluções que permitam igualmente garantir a finalidade de desenvolvimento das comunicações eletrônicas.

A Recorrente, a Região Emilia-Romana, denunciou, pelas mesmas razões, a suposta violação ao artigo 118 da Constituição⁶⁴.

Alegou, também, que a falta de inclusão do patrimônio indisponível das Regiões na cláusula de salvaguarda lhes garantiria um tratamento inferior àquele atribuído às demais autonomias territoriais, com a conseqüente violação, nesse contexto, ao artigo 3º da Constituição Italiana.

Enfim, a Região da Emília-Romana questionou a violação da autonomia patrimonial e financeira da Região, garantida no artigo 119 da Constituição, pois que o artigo 2º, 14, não contemplou qualquer compensação pela utilização do solo público. A disposição impugnada submeteria os entes públicos a um tratamento inferior ao garantido aos sujeitos privados, em favor dos quais é assegurada indenização, no caso em que as instalações impeçam o uso livre do bem segundo a sua destinação.

Nas considerações de direito, a Corte admitiu que a questão relativa à falta de inclusão nas disposições questionadas do patrimônio indisponível das Regiões é fundada em relação ao princípio da igualdade e ao princípio da razoabilidade, artigo 3º, da Constituição Italiana.

A jurisprudência da Corte admitiu em diversas ocasiões que as diferenciações introduzidas entre as Regiões e os demais entes locais devem ter fundamento na igualdade e na razoabilidade, não devendo tais distinções descender diretamente da diferente posição que as Regiões e os entes autônomos assumem no desenho constitucional.

No caso em exame, a norma impugnada, através de uma enumeração parcial dos sujeitos titulares dos bens reconduzíveis a categoria do patrimônio indisponível, excluiu as Regiões dos sujeitos públicos que podem opor-se a instalação nas suas propriedades de “redes de comunicação eletrônica em fibra ótica” quando ocorra nos bens que integram o seu

⁶⁴ Art. 118, CI: *Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sLopez Ulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.*

I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.

La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere b) e h) del secondo comma dell'articolo 117, e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali.

Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sLopez Ulla base del principio di sussidiarietà.

patrimônio indisponível e desde que tal atividade represente um concreto impedimento ao regular desenvolvimento do serviço público.

Esse tratamento diferenciado se revela em nítido contraste com a própria natureza do patrimônio indisponível, que é o de assegurar às Regiões a efetiva possibilidade de exercer as suas funções.

É infundada, porém, a censura relacionada à falta de inclusão na cláusula de salvaguarda do patrimônio disponível das Regiões, sob o argumento de que não seria legítima a prevalência do interesse no desenvolvimento da banda larga em relação à pretensão legítima das Regiões titulares dos bens interessados em tal desenvolvimento.

Uma vez estabelecida a igualdade de tratamento entre todos os sujeitos públicos titulares dos patrimônios indisponíveis na cláusula de salvaguarda, a individualização circunscrita a esta tipologia de bens perpassa pelo exercício discricionário do legislador. E isso se faz ainda mais presente num setor no qual é evidente o interesse coletivo na realização da infraestrutura de comunicação eletrônica.

É também infundada a censura relativa à falta de previsão no artigo 2º, parte 14, do Decreto Lei nº. 112 de 2008, de compensação financeira pelo uso de solo público em favor do ente público, que se situariam em uma condição irrazoavelmente inferior a dos entes privados. Segundo a Região Emilia-Romana, a estes últimos seria assegurada, ao menos, uma indenização, no caso em que as instalações sejam tais de “impedir o uso livre da coisa segundo a sua destinação”.

Disto decorreria a violação não apenas do princípio da razoabilidade previsto no artigo 3º, da Constituição Italiana, mas da autonomia patrimonial e financeira da Região, garantida no artigo 119, CI.

Ocorre, porém, que de acordo com o Decreto Legislativo nº. 259, de 2003, que regulamenta as servidões realizadas no solo e subsolo, a posição da Região e dos sujeitos privados, diversamente do alegado pela recorrente, é idêntica sob o aspecto aqui posto em relevo, podendo ambos alegar direito à indenização, apenas no caso de servidão e não quando da presença de uma limitação legal da propriedade.

Assim, a Corte Constitucional declarou infundada a argumentação da ilegitimidade constitucional do artigo 2º, parte 14, do Decreto Lei nº. 112 de 2008, na parte em que não inclui os bens integrantes do patrimônio disponível das Regiões entre os bens que permitem aos seus titulares opor-se à instalação de redes e estruturas de comunicação eletrônica em

fibra ótica, promovida em relação aos artigos 118 e 119 da Constituição, pela Região da Emilia-Romana.

Declarou infundada também a alegação da ilegitimidade constitucional proposta contra o artigo 2º, parte 14, do Decreto Lei nº. 112 de 2008, na parte em que não prevê qualquer indenização pelo uso do solo público que compõe o patrimônio disponível das Regiões em razão da instalação de redes e estruturas de comunicação eletrônica em fibra ótica, promovida em relação aos artigos 3º e 119 da Constituição.

Nesse contexto, prevaleceu a orientação da jurisprudência constitucional, segundo a qual, quando o julgamento da Corte não investe diretamente no dispositivo legal, mas sim numa sua interpretação, encontra aplicação o princípio que determina que um texto legal apenas deverá ser declarado ilegítimo quando não lhe couber ao menos uma interpretação que seja conforme à Constituição.

Observou-se, portanto, que mesmo que a Corte Constitucional Italiana tenha declarado infundada a interpretação inconstitucional proposta em sede de via principal pela região Emilia-Romana, devendo tal decisão – ao menos no plano teórico – ter efeito apenas e tão somente para essa requerente, na prática, para que o Tribunal Constitucional modifique a sua orientação acerca da interpretação do referido objeto, também em relação às demais regiões que compõem o Estado Italiano, é preciso que surja um novo fundamento que demonstre e justifique a sua incompatibilidade ao texto constitucional e, enquanto isso não ocorrer, tal interpretação – aplicada à Região Emilia-Romana – será também aplicada para todas as outras, exatamente porque se assim não o for, caracterizar-se-á uma ofensa à igualdade na aplicação da lei por parte do próprio Tribunal Constitucional.

O enfrentamento da análise sobre como se aplica a eficácia vertical das decisões constitucionais no sistema italiano, perpassa também por outro entendimento segundo o qual, para que tal eficácia tenha como fundamento a segurança jurídica e a não violação à igualdade na aplicação da lei, é imprescindível que as variáveis que aproximam ou distanciam duas ou mais situações normativas sejam estabelecidas objetiva e claramente pela Corte Constitucional para que, assim, se torne nítida a compreensão pelas instâncias do Judiciário, de qual decisão constitucional deverá servir de fundamento jurídico para a solução do conflito submetido à sua apreciação.

Sob este enfoque, vejamos a Sentença Constitucional nº 47, publicada em 17 de fevereiro de 2010, pela Corte Italiana, exercendo o juízo de legitimidade constitucional em via incidental.

O Tribunal de Trento, através da Ordenança depositada em 09 de maio de 2008, questionou, perante a Corte Constitucional, a legitimidade constitucional do artigo 372, do Código Penal, que tipifica o crime de falso testemunho, em relação aos artigos 3º e 27 da Constituição Italiana, assim como, em relação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade que deveriam guiar a função legiferante ao sancionar, com as penas criminais, os ilícitos penais.

Em verdade, fora questionada, em especial, a pena mínima de dois anos, atribuída como sanção ao ilícito penal em questão, por entendê-la o Tribunal de Trento incompatível com o delito, mais severa do que seria cabível, principalmente, caso comparada a outras tipificações contidas no Código Penal.

O dispositivo questionado se assenta no Título III, do Código Penal Italiano, referente aos delitos contra a administração da justiça e, mais pontualmente, no Capítulo I, que elenca os delitos contra a atividade judiciária.

O texto supostamente eivado do vício da inconstitucionalidade adotou a seguinte redação:

372. Falso Testemunho: Quem, depondo como testemunha diante da autoridade judiciária, afirmar o falso ou negar a verdade, ou mesmo silenciar, no todo ou em parte, aquilo que sabe sobre os fatos que estão sendo objeto de interrogatório, é punido com pena de reclusão de dois a seis anos⁶⁵. (grifei)

Enquanto que, por sua vez, as normas constitucionais adotadas como parâmetros de constitucionalidade foram os artigos 3º, já anteriormente reproduzido e que traz no seu texto a proteção ao princípio fundamental da igualdade perante a lei, e o art. 27, cuja redação literal segue abaixo reproduzida:

Artigo 27, Constituição Italiana: A responsabilidade penal é pessoal. O acusado não é considerado culpado até a condenação definitiva. As penas não podem consistir em tratamento

⁶⁵ Art. 372, Código Penal:

Falsa testimonianza: Chiunque, deponendo come testimone innanzi all'Autorità giudiziaria, afferma il falso o nega il vero, ovvero tace, in tutto o in parte, ciò che sa intorno ai fatti sui quali è interrogato, è punito con la reclusione da due a sei anni.

contrário ao senso de humanidade e devem tender a reeducação do condenado. Não é admitida a pena de morte.⁶⁶

Nas considerações de direito, a Corte Italiana admitiu que apesar da tentativa do juízo *a quo* de aproximar do crime de falso testemunho outras espécies tipificadas no Código Penal, com o objetivo de equiparar seus respectivos tratamentos sancionatórios, não havia como catalogar delito como o da fraude processual com a mesma objetividade jurídica que o crime de falso testemunho e, exatamente por este motivo, não se poderia cogitar que a sanção diferente aplicada ao crime de falso testemunho implicaria uma escolha arbitrária e injustificada do legislador.

De fato, com o dispositivo que pune o crime de falso testemunho o legislador visou tutelar o específico interesse à veracidade da prova testemunhal e à sua completude, tendo em vista o seu papel primário desenvolvido no sistema processual

A previsão que sanciona a fraude processual, por exemplo, tutela, ao contrário, a genuinidade das fontes através das quais se forma o convencimento do juiz. Porém, as alterações decorrentes da fraude processual não são provocadas diretamente diante da autoridade judiciária, mas sim num momento precedente ao da valoração da prova.

Ora, as hipóteses indicadas, apesar de apresentarem características comuns que justificam que sejam ambas identificadas como delitos contra a atividade judiciária, não possuem essa ‘homogeneidade’ de modo absoluto, e se concentram, justamente, nos caracteres que as diferenciam, os elementos que permitem atribuir legitimidade à discricionariedade legislativa de determinar sanções distintas a estes delitos.

Vejamos que nesse caso em que a Corte Italiana declarou infundada a questão de legitimidade constitucional proposta contra o artigo 372 do Código Penal, houve um distanciamento de normas que regulamentavam situações jurídicas próximas, através da identificação dos critérios que as definiam, mediante uma constatação objetiva e razoável, que justificou, inclusive, a adoção de penalidades distintas a crimes agrupados num mesmo capítulo do conjunto de normas de direito penal.

⁶⁶ Art. 27, *Costituzione Italiana: La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte.*

2.4.2. Eficácia Horizontal na Jurisprudência Italiana

O princípio do vínculo aos precedentes tem por objetivo eliminar as incertezas e as inseguranças jurídicas que podem caracterizar a função jurisdicional, ao dotar de eficácia *erga omnes* as decisões da última instância – órgão de cúpula – do Poder Judiciário ou da Corte Constitucional.

Esse princípio surge determinando que cada juiz deve estar vinculado às suas decisões, como identificador da certeza jurídica, requisito necessário ao direito, como ciência que visa ao alcance da justiça nas relações sociais.

Em sendo o Poder Judiciário um único órgão, as decisões proferidas pelos juízes que o compõem devem atender à unidade e à coesão, estando os mesmos vinculados não apenas às decisões de outros juízes proferidas em instâncias superiores – eficácia vertical – como também às suas próprias decisões – eficácia horizontal.

Não diferente ocorrerá com o Tribunal Constitucional, nos países que adotaram essa organização de jurisdição constitucional, instância única competente para proferir o juízo de constitucionalidade acerca das normas que compõem o plexo jurídico.

A divergência de opiniões e informações em relação a uma interpretação normativa constitucional, ou em relação a uma situação fática submetida à verificação da Corte, cada vez mais imprime a necessidade de se atribuir às sentenças constitucionais esse efeito vinculante e uniformizador, em nome da garantia da segurança jurídica e, em especial, da igualdade na aplicação da lei. (LLORENTE, 1997).

No que tange à eficácia horizontal das decisões constitucionais, a igualdade na aplicação da lei deve ser interpretada como um imperativo de que o mesmo órgão não pode modificar arbitrariamente o sentido das suas decisões em casos substancialmente iguais, tendo que fundamentar sua decisão de modo suficiente e razoável quando o órgão em questão considere que deva afastar-se de seus precedentes.

São consideradas motivações arbitrárias aquelas não fundadas em razões, isto é, as obtidas através de um raciocínio objetivo e geral, sendo, portanto, juridicamente possíveis. (OLLERO, 2005).

No entanto, nem todas as decisões judiciais distintas aplicadas a casos concretos idênticos implicarão uma solução discriminatória. Isto porque, não se deve exigir a observância do princípio da igualdade na aplicação da lei quando a decisão precedente adotou como fundamento jurídico um critério interpretativo há tempos superado ou mesmo que não

tenha aplicado a justiça na solução de litígio – sendo, por isso, entendida como uma decisão errada –, devendo ser considerada a adoção desse precedente como uma escolha arbitrária do termo de comparação.

É importante, porém, que a faculdade do juiz de alterar o critério anteriormente utilizado tenha como fundamento a alteração das circunstâncias fáticas submetidas à avaliação da justiça constitucional ou que esta tenha modificado, com o avançar do tempo, o seu próprio posicionamento no que tange aquele assunto.

Assim, quando a Corte Constitucional interpreta e aplica uma norma, seria irreal exigir que todos os seus pronunciamentos fossem idênticos ou que cada um deles fosse precedente daqueles que posteriormente os seguirão, porque os elementos fáticos e jurídicos, que fundamentam as decisões proferidas inicialmente pela Corte podem ser modificados com o passar do tempo e, neste contexto, fazem parte de um processo razoável de ajuste interpretativo que não vulnera a igualdade na aplicação da lei.

O que o princípio da igualdade na aplicação da lei exige não é que uma mesma norma receba sempre a mesma interpretação quando aplicada aos casos concretos – até porque sabemos que de um mesmo dispositivo legal podem ser extraídos vários textos normativos –, mas sim, que não sejam ditados pronunciamentos arbitrários que incorram em desigualdade não justificada.

Essa mudança de critério adotada pelo Tribunal Constitucional é arbitrária quando não desenvolve uma solução genérica, conscientemente diferenciada e fundamentada suficiente e razoavelmente, em relação àquela que vinha se mantendo anteriormente, traduzindo-se, ao contrário, numa resposta individualizada. Neste sentido, o direito a um tratamento igual se converte no direito a um tratamento uniforme, em relação aos pronunciamentos anteriores ditados por aquele mesmo órgão.

Importante, contudo, sabermos determinar quando um precedente exige respeito, isto é, quando deve ter mantida a sua aplicação pelo mesmo órgão em casos concretos que surjam posteriormente e, para tanto, dois elementos devem ser observados: primeiro, é preciso que a linha jurisprudencial em questão já esteja consolidada, não se configurando em pronunciamentos isolados ou, então, fundamentados em uma interpretação ainda carente de amadurecimento doutrinário, visto que passível de divergentes compreensões e entendimentos jurídicos; como segundo aspecto, deve-se observar que o caso a servir de paradigma deve ter contornos gerais com base nos quais serão configurados sucessivamente os demais supostos de fato e, ainda, com base nesse delineamento genérico deve-se consolidar uma

correspondente ponderação de princípios a serem utilizados como fundamento para a aplicação da justiça. (OLLERO, 2005, p.14).

Enfim, os juízes devem se submeter à Constituição, documento normativo supremo do ordenamento jurídico, e não se vincular às amarras do legalismo. Isto significa admitir que os precedentes devem reconhecer a relevância dos votos particulares discrepantes, o que demonstra que o paradigma interpretativo consolidado sofre questionamentos que podem, inclusive, anunciar uma nova linha interpretativa.

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

Será, porém, que poderíamos afirmar que eficácia horizontal é mais legítima do que a eficácia vertical das decisões constitucionais?!

O cerne da questão não mais se restringe à interpretação da eficácia horizontal como a mais ou menos legítima forma de respeito ao princípio da igualdade na aplicação da lei, mas sim, na existência de variantes relacionadas a essa legitimidade, seja em relação à eficácia vertical que horizontal.

Sob esse prisma, enquanto para garantir a legitimidade da atuação do órgão jurisdicional competente, no que tange à eficácia horizontal, devemos observar a atuação coerente da Corte Constitucional durante o processamento e julgamento de processos futuros, cujos objetos sejam idênticos a outros já anteriormente analisados por ela, para a garantia da preservação da legitimidade da eficácia vertical, devemos verificar o respeito e a obediência, por parte do Poder Judiciário, à distribuição de funções constitucionalmente definidas, não devendo essa função do Estado apenas aplicar, mas acima de tudo, respeitar as decisões proferidas pela Corte Constitucional.

A propósito, são duas vertentes distintas que se complementam, devendo ser, ambas, observadas para que, então, possamos constatar o respeito ao princípio da igualdade na aplicação da lei e, conseqüentemente, na preservação de um dos pilares que sustentam a formação do Estado Democrático de Direito.

No procedimento civil instaurado perante o Tribunal de Prato, que tinha como requerido o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS – foi promovida a questão sobre a legitimidade constitucional do art. 80, parte 19, da Lei nº. 388, de 23 de dezembro de 2000 (Disposições sobre a formação do orçamento anual e plurianual do Estado – lei orçamentária 2001), e do artigo 9º, parte 1, do Decreto Legislativo nº 286, de 25 de julho de 1998 (Texto Único das Disposições Concernentes a Disciplina da Imigração e Normas sobre a Condição

do Estrangeiro), e por entendê-los contrários aos artigos 117, primeira parte⁶⁷, 2º e 3º da Constituição, o Tribunal Constitucional proferiu a Sentença nº 11, em 14 de janeiro de 2009, no sentido de declará-los inconstitucional.

O artigo 117, primeira parte, da CI, traz o seguinte texto:

A discricionariedade legislativa é exercitada pelo Estado e pelas Regiões em respeito à Constituição como também dos vínculos decorrentes do ordenamento comunitário e das obrigações internacionais.

Por sua vez, os artigos 2º e 3º⁶⁸ adotam a redação abaixo traduzida:

Art. 2. A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo seja nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderogáveis de solidariedade política, econômica e social.

Art. 3. Todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais diante da lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opinião política, de condições pessoais e sociais. É atribuição da República remover os obstáculos de ordem econômica e social, que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País.

O referido complexo normativo foi censurado na parte em que prevê a necessidade dos estrangeiros considerados inválidos serem portadores da carta de permanência e de uma determinada renda como condição do exercício do direito à aposentadoria por invalidez.

Segundo o Tribunal de Prato, as normas impugnadas criam uma disparidade de tratamento entre os estrangeiros e os nacionais italianos em relação à essa prestação assistencial; na verdade, criam uma intrínseca *irragionevolezza* das disposições que, apenas para os estrangeiros, subordinam o direito às prestações assistenciais à titularidade de uma renda.

Com base nesse mesmo fundamento, a Corte Constitucional Italiana, na Sentença No. 187, de 26 de maio de 2010, exerceu novamente o juízo de legitimidade constitucional do artigo 80, parte 19, da Lei nº. 388, de 23 de dezembro de 2000 (Disposições sobre a formação

⁶⁷ Art. 117, 1º, CI: *La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.*

⁶⁸ Art. 2 *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*

Art. 3 *Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.*

do orçamento anual e plurianual do Estado – lei orçamentária 2001), e o considerou contrário ao artigo 117, primeira parte, da Constituição Italiana, já mencionado.

Essa questão acerca da legitimidade constitucional do dispositivo infraconstitucional foi promovida pela Corte de Apelação de Torino, através da Ordenança n.º. 144, de 27 de fevereiro de 2009.

A dúvida quanto à constitucionalidade da norma surgiu durante a tramitação de um processo perante aquela Corte de Apelação, no qual era requerido o Ministério da Economia e das Finanças, tendo sido questionado o artigo 80, parte 19, da Lei n.º. 388/2000, mais especificamente na parte em que se condicionou aos estrangeiros com estada legal no território nacional o direito à fruição dos benefícios decorrentes da previdência social e outras providências econômicas que constituem direitos subjetivos com base na legislação vigente em matéria de serviços sociais.

De acordo com a Corte de Apelação de Torino, a disposição censurada, ao subordinar o direito às prestações previdenciárias que constituem direitos subjetivos, à Carta de Permanência, e, portanto, ao requisito da presença mínima no território do Estado, por pelo menos 05 (cinco) anos, teria criado um requisito capaz de gerar discriminação do estrangeiro em relação aos nacionais italianos.

Alegou, ainda, a Corte remetente que a jurisprudência da Corte Européia dos Direitos do Homem destacou, em várias ocasiões que, apesar da Convenção não obrigar os Estados membros a realizar um sistema de proteção social ou prestação assistencial, todavia, uma vez que tais prestações sejam instituídas e concedidas, tal disciplina não poderá subtrair-se ao juízo de compatibilidade com as normas da Convenção e, em particular, o seu artigo 14, que veda a previsão de tratamento discriminatório. Ao mesmo tempo, a *Corte di Strasburgo* também frisou a ampla margem de discricionariedade que cada Estado possui em matéria de prestação social, graças às peculiaridades que caracterizam as suas respectivas sociedades e as suas necessidades correlatas. Assim, a Corte respeita as escolhas realizadas pelos legisladores nacionais, salvo quando a valoração da norma criada se revele manifestamente não razoável.

Nesse contexto, o tratamento se torna discriminatório, de acordo com a jurisprudência da Corte, quando não pautado em uma justificação objetiva e razoável; quando não realiza uma relação de proporcionalidade entre os meios empregados e o objetivo perseguido. Sendo importante destacar, ainda, que apenas “considerações muito fortes poderão tornar compatível com a Convenção uma diferença de tratamento fundada exclusivamente na nacionalidade”.

De outra parte, a jurisprudência da Corte Européia sublinhou que em um Estado Democrático moderno, muitos indivíduos, durante toda a sua vida ou parte dela, não

conseguem garantir o seu sustento a não ser graças às prestações de seguridade e previdência social. Por esta razão, qualquer discriminação entre os cidadãos e os estrangeiros que se encontram regularmente no território do Estado, fundada em requisitos diversos dos de condição subjetiva, resultaria em contraste com o princípio do artigo 14, da Convenção Européia dos Direitos do Homem.

Por estes motivos, a Corte Constitucional declarou a ilegitimidade constitucional do artigo 80, parte 19, da Lei n.º 388, de 23 de dezembro de 2000, na parte em que subordina ao requisito objetivo da titularidade da carta de permanência a concessão aos estrangeiros com estada legal no território do Estado, o recebimento do valor previdenciário decorrente de invalidez.

Dizendo de outra forma: independentemente de ser nacional ou estrangeiro, o ser humano que precisar de auxílio previdenciário para garantir o seu sustento na Itália, será amparado pelo Estado – princípio da igualdade entre os homens –, sendo desnecessário comprovar, para tanto, permanência mínima naquele país, exatamente, porque o bem maior a ser tutelado pela Corte Constitucional ao expor tal entendimento é o da preservação da dignidade da pessoa humana, ao determinar que o Estado proporcione as condições mínimas de sobrevivência a quem quer que se situe nos seus limites espaciais.

Identificado o critério objetivo como variante que integra o caso analisado, cabe a Corte Constitucional, para garantir a igualdade na aplicação da lei, em todas as demais situações que tiverem como bem maior a ser tutelado o da dignidade da pessoa humana, não estabelecer distinções entre nacional e estrangeiro quanto à percepção dos direitos previdenciários, justamente porque o que deverá prevalecer é a condição de ser humano e não a titularidade do exercício do direito de nacionalidade.

3 SISTEMA DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE ESPANHOL: UMA ANÁLISE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Prevista a sua criação no texto constitucional espanhol de 27 de dezembro de 1978, documento político – jurídico que instituiu a Espanha num Estado social e democrático de direito, cujos fundamentos superiores do ordenamento jurídico são a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político¹, e regulamentado, mais especificamente, quando aprovada a sua Lei Orgânica em 03 de outubro de 1979, sob o nº 02, o Tribunal Constitucional Espanhol foi constituído solenemente no dia 12 de julho de 1980, sob a presidência de Don Manuel García Pelayo – Presidente do Tribunal Constitucional – e de Don Jerónimo Arozamena Sierra – Vice-Presidente do Tribunal Constitucional –, ambos os nomes propostos pelos Magistrados que compõem o Colegiado do Tribunal Constitucional e aprovados pelo Rei da Espanha, Don Juan Carlos I².

Não foi essa a primeira vez, porém, que a Espanha teve na sua organização institucional um Tribunal desta natureza, pois durante a Segunda República existiu aquele que foi conhecido como Tribunal de Garantias Constitucionais, órgão competente para exercer a justiça constitucional concentrada, com fundamento no modelo de constitucionalidade europeu, a partir da concepção de que a Constituição, como norma suprema do sistema jurídico, deveria ser respeitada e aplicada por todos indistintamente: membros da sociedade e exercentes das funções executiva, legislativa e judiciária do Estado.

Além disto, pelo fato da Constituição Espanhola de 1931 ter instituído uma organização político-administrativa marcada pela autonomia regional, surgiu a necessidade de se criar um órgão alheio à estrutura do judiciário que fosse competente para harmonizar os eventuais conflitos decorrentes da aplicação normativo-constitucional, surgidos entre as regiões autônomas. (REYES, 1999, p. 24).

¹ Art. 1.1. Constituição Espanhola: España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

² Os demais presidentes e vice-presidentes que sucederam Don Manuel García Pelayo e Don Jerónimo Arozamena Sierra nestes cargos no Tribunal Constitucional Espanhol, respectivamente, foram: Don Francisco Tomás y Valiente, Presidente, e Doña Gloria Begué Cantón, Vice-Presidente, ambos nomeados em 04 de março de 1986; Don Francisco Rubio Llorente, nomeado vice-presidente em 1989; Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo – Ferrer, Presidente, e Don Luis López Guerra, Vice-Presidente, nomeados em julho de 1992; Don Alvaro Rodríguez Bereijo, Presidente, e Don José Gabaldón López, Vice-Presidente, nomeados em fevereiro de 1995; Don Pedro Cruz Villallón, Presidente, e Don Carles Viver i Pi-Sunyer, Vice-Presidente, nomeados em dezembro de 1998; Don Manuel Jiménez de Parga, Presidente, e Don Tomás Vives Antón, Vice-Presidente, nomeados em novembro de 2001; e, finalmente, Doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, e Don Guillermo Jiménez Sánchez, Vice-Presidente, nomeados em junho de 2004. Vale ressaltar que Don Francisco Tomás y Valiente, ex Presidente do Tribunal Constitucional durante o período de março de 1986 a julho de 1992, foi vítima de um assassinato terrorista ocorrido em 14 de fevereiro de 1996. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2010.

Assim, a Constituição Espanhola de 1931 aderiu ao modelo de justiça constitucional ao inserir em seu texto, um título relacionado às garantias e reformas da Constituição, estabelecendo a figura do Tribunal de Garantias Constitucionais – TGC – com parâmetros de atuação definidos na própria Carta Magna, cujos preceitos deveria defender, e na sua Lei Orgânica, promulgada em 14 de junho de 1933, conforme descrição do artigo 121 do mencionado texto constitucional:

Artigo 121. É estabelecido, com jurisdição em todo o território da República, um Tribunal de Garantias Constitucionais, que terá competência para conhecer:

- a) o recurso de inconstitucionalidade das leis;
- b) o recurso de amparo de garantias individuais, quando tiver sido ineficaz a reclamação ante outras autoridades;
- c) os conflitos de competência legislativa e outros que surjam entre o Estado e as regiões autônomas e as destas entre si;
- d) o exame e aprovação dos poderes dos *compromisarios* que juntamente con as Cortes elegen o Presidente da República;
- e) a responsabilidade criminal do Chefe de Estado, do Presidente do Conselho e dos Ministros;
- f) a responsabilidade criminal do presidente e dos magistrados do Tribunal Supremo e do Fiscal da República.

No que se refere às competências relacionadas ao controle de constitucionalidade, o TGC pronunciou, durante a sua atuação, um total de 14 (quatorze) sentenças, sendo 02 (duas) em sede de *cuestiones de competencia legislativa* – artigo 121, c, CE – e 07 (sete) em sede de recursos de inconstitucionalidade – artigo 121, a, CE –. (CRUZ VILLALÓN, 1987, p. 337).

Vale lembrar que o mencionado Tribunal de Garantias Constitucionais, segundo Cruz Villalón (CRUZ VILLALÓN, 1987, p. 337–340), teve uma atuação limitada no tempo, sofrendo um grande abalo no desenvolvimento regular das suas funções com a rebelião militar e a subsequente guerra civil ocorridas em 1936, desaparecendo, finalmente, do sistema español, em 1939, junto com as demais instituições democráticas, em virtude da política ditatorial implantada naquele país.

O Tribunal Constitucional Espanhol, instituído a partir de 1978 – em 12 de julho de 2005 foi comemorado seu 25º aniversário –, exerce as suas funções, em seus aspectos gerais, com base no modelo concentrado de constitucionalidade concebido por Hans Kelsen, tendo publicado sua primeira resolução jurisdicional – *Auto de la Sección Segunda* – e primeira sentença – STC 1/1981 –, em 11 de agosto de 1980 e 26 de janeiro de 1981, respectivamente, ambas em sede de recurso de amparo.

A primeira sentença do Tribunal – STC 1/1981–, de 26 de janeiro, teve por objetivo analisar, em sede de recurso de amparo, decisão proferida em instância civil, relacionada à guarda dos filhos havidos durante o matrimônio estabelecido entre o demandante e a demandada, matrimônio esse desfeito em virtude da referida sentença. A acusação recaiu sobre a vulneração, direta e imediata, ao princípio da igualdade ante a lei e da liberdade religiosa³.

Intérprete supremo da Constituição e um órgão independente dos demais que compõem a estrutura estatal espanhola, não integrado à composição do judiciário, o Tribunal Constitucional se submete apenas à Constituição Espanhola e a sua Lei Orgânica nº 02/1979, nos seguintes termos por esta descritos:

Artigo 1º, Lei Orgânica Nº 02/1979: O Tribunal Constitucional, como intérprete supremo da Constituição, é independente dos demais órgãos constitucionais e está submetido somente à Constituição e à presente Lei Orgânica.

Em 14 de fevereiro de 1980, alguns meses antes da constituição solene do Tribunal que ocorreu em 12 de julho de 1980, sob a Presidência do Rei da Espanha, foram nomeados os primeiros magistrados constitucionais, formando-se, a partir de então, o Colégio de

³ O Tribunal Eclesiástico, ao se pronunciar sobre o mérito da sentença sobre a separação conjugal, em 20 de fevereiro de 1979, se manifestou também sobre a guarda dos filhos e o regime de visitas, nos termos do artigo 1132 do Código de Direito Canônico, o qual determinava que “verificada a separação, os filhos devem ser educados ao lado do cônjuge inocente, e se um dos cônjuges for acatólico, ao lado do católico, a não ser que em um ou outro caso tenha o Ordinário (juiz ordinário, integrante do Judiciário) decretado outra coisa atendendo ao bem dos filhos e deixando sempre a salvo sua educação cristiana”.

Como o Tribunal Eclesiástico não admitiu ser o pai, em questão, acatólico e, mesmo assim, negou-lhe o direito à guarda dos filhos, o demandante alegou perante a justiça ordinária, que a fundamentação da sentença residia, em verdade, no fato dele conviver com outra mulher, considerada esta uma circunstância “especial”, justificando, assim, o seu pronunciamento sobre o regime de visitas, com o objetivo de evitar que os filhos recebessem influências perniciosas.

No sistema espanhol vigente, os Tribunais Eclesiásticos carecem de faculdades para que as suas resoluções produzam efeitos civis nos casos de processos canônicos de separação. Desde o Acordo com a Santa Sé, datado de 03 de janeiro de 1979, apenas as separações decididas por juízes estatais produzem efeitos no ordenamento jurídico civil.

Neste caso, o Tribunal Constitucional Espanhol admitiu que os juízes ordinários atuaram como meros executores da sentença canônica, na questão relacionada aos filhos. Não exerceram o poder jurisdicional, motivo pelo qual deram lugar a violação de um direito constitucionalizado, qual seja, o direito à justiça e à tutela jurisdicional, fundados no artigo 24.1, da Constituição Espanhola. Não se trata de afirmar que a jurisdição eclesiástica invadiu a esfera de atuação da jurisdição ordinária, mas sim, que estes, devendo decidir com plena jurisdição, de acordo com o ordenamento jurídico civil, assim não o fizeram, por entenderem que estavam vinculados ao que fora decidido pelo Tribunal Eclesiástico.

Assim, o Tribunal Constitucional Espanhol outorgou o amparo e declarou nulas as resoluções pronunciadas pelo juiz de primeira instância, no procedimento de efeitos civis da sentença de separação matrimonial ditada no processo canônico, em 04 de maio de 1979, e pela Sala Civil de Audiência Territorial de Zaragoza, de 24 de dezembro de 1979, e reconheceu o direito do demandante e da demandada de obterem da jurisdição estatal um pronunciamento sobre a guarda e o regime de visitas dos filhos havidos durante o seu matrimônio, de acordo com a legislação civil. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 21 jan. 2010.

Magistrados, que começou a exercer as suas funções previstas constitucionalmente e na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional.

Consta da história do Tribunal Constitucional Espanhol, uma reunião datada de 30 de junho de 1980, na qual ficou acordada pelos magistrados integrantes do Colegiado, que esse órgão de jurisdição constitucional dever-se-ia constituir e começar a exercer as suas funções no prazo de 15 (quinze) dias contados a partir de então.

3.1 Organização

As fontes que disciplinam toda a organização do Tribunal Constitucional Espanhol e suas funções são a Constituição Espanhola, mais especificamente as normas contidas nos artigos 159 a 165⁴, e a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional nº 02, de 03 de outubro de

⁴ Art. 159, CE:

1. El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

2. Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

3. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.

4. La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil. En lo demás los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial.

5. Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato.

Art. 160

El Presidente del Tribunal Constitucional será nombrado entre sus miembros por el Rey, a propuesta del mismo Tribunal en pleno y por un período de tres años.

Art. 161

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.

c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.

d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.

Art. 162

1. Están legitimados:

a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

2. En los demás casos, la ley orgánica determinará las personas y órganos legitimados.

1979, posteriormente modificada pelas Leis Orgânicas N° 08/1984, de 26 de dezembro; 04/1985, de 07 de junho; 06/1988, de 09 de junho; 07/1999, de 21 de abril; 01/2000, de 07 de janeiro e 06/2007, de 24 de maio.

Assim, para analisarmos a organização do Tribunal Constitucional Espanhol é importante de acordo com FERNÁNDEZ SEGADO (1999, p. 64), serem observados 04 (quatro) aspectos essenciais:

- a) o primeiro relacionado à composição propriamente dita, isto é, o número de membros bem como o procedimento para sua designação ou eleição;
- b) a qualificação requerida para permitir o acesso à condição de juiz constitucional;
- c) o período de desempenho do cargo e procedimento de renovação dos seus membros, e;
- d) as linhas gerais do estatuto jurídico dos integrantes do Tribunal, especialmente no que tange às incompatibilidades.

O Tribunal Constitucional Espanhol se compõe por 12 (doze) membros, todos independentes e inamovíveis – artigo 159.5 CE – que, indicados para o exercício da jurisdição constitucional, atuarão por um período de 09 (nove) anos, sem possibilidade de reeleição imediata, salvo se o exercício da função não tiver superado o período de três anos – artigo 159.3.

Importante registrar a crítica desenvolvida por parte da doutrina espanhola em relação à composição do Tribunal Constitucional por um número par de juízes, por admitir que a composição ímpar geraria menos – ou mesmo nenhum – problema relacionado ao empate de votos. Em razão disso, foi atribuído ao Presidente desta Corte Constitucional, o voto de qualidade, proferido sempre que houver empate nas decisões, o que ocorre, em especial, em

Art. 163 Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

Art. 164

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.

2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.

Art. 165: Una ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones.

importantes e polêmicas situações submetidas à apreciação do Tribunal Constitucional, o que garante ao Presidente uma posição de destaque naquele país, de forma a politizar e complexizar ainda mais a sua eleição – previsto na Lei Orgânica 02/1979, artigo 90.1. (FERNÁNDEZ SEGADO, 1999, p. 74/75).

Essa composição do Tribunal ocorre, de acordo como os artigos 159.1 e 159.2 da Constituição Espanhola, a partir de uma nomeação pelo Rei, daqueles indicados:

04 (quatro) pela maioria de três quintos dos membros do Congresso;

04 (quatro) pela maioria de três quintos dos membros do Senado;

02 (dois) por proposta do Governo;

02 (dois) por proposta do Conselho Geral do Poder Judiciário.

Os indicados devem ser cidadãos espanhóis magistrados ou fiscais, professores de universidade, funcionários públicos e advogados, todos juristas de reconhecida competência com mais de quinze anos de exercício profissional.

Estabelecendo uma análise comparativa entre os textos constitucionais espanhóis de 1978 e 1931, que instituíram e regulamentaram o Tribunal Constitucional e o Tribunal de Garantias Constitucionais, respectivamente, percebemos a ausência de qualquer previsão desta norma constitucional em definir, por exemplo, o número exato de juízes que deveriam integrar o TGC, indicando, apenas, que deveria existir, por exemplo, um juiz para cada região, sem, no entanto, serem precisadas o número de regiões que compunham o Estado Espanhol, ou ainda, em nenhum momento houve a precisão do *quorum* necessário para a aprovação dos deputados pelas Cortes, dentre outras omissões normativas que, sem dúvida, influenciaram na fragilidade da composição do Tribunal de Garantias Constitucionais, interferindo diretamente na própria atuação desse órgão, marcadamente vulnerável às conveniências políticas da época. (CRUZ VILLALÓN, 1987, p. 301–338).

Essa observação pode ser facilmente extraída a partir da leitura do artigo 122, da Constituição de 1931 que, dispondo sobre a composição do Tribunal de Garantias Constitucionais, foi redigido nos seguintes termos:

Artigo 122. Comporão este Tribunal: um presidente designado pelo Parlamento, seja deputado ou não; o presidente do alto corpo consultivo da República a que se refere o artigo 93⁵; o

⁵ Art. 93, Constituição de 1931: Uma lei especial regulará a criação e o funcionamento dos órgãos assessores e de ordenação económica da Administração, do Governo e das Cortes.

presidente do Tribunal de Contas da República; dois deputados eleitos livremente pelas Cortes; um representante para cada uma das regiões espanholas, eleito na forma que determina a lei; dois membros nomeados efetivamente por todos os Colégios de Advogados da República; quatro professores da faculdade de Direito, designados pelo mesmo procedimento adotado em todas as faculdades da Espanha.⁶

A previsão das incompatibilidades relacionadas à condição de membro do Tribunal Constitucional estão contidas no artigo 19 da Lei Orgânica Nº 02/79⁷, bem como na Constituição Espanhola no seu artigo 159.4, que determina que a função de juiz constitucional é incompatível com qualquer mandato representativo; com os cargos políticos ou administrativos; com o desempenho de funções de direção em partidos políticos ou em sindicatos e com empregos que estejam a serviço dos mesmos; com o exercício das carreiras judiciais e fiscais, e com qualquer atividade profissional ou mercantil, além daquelas incompatibilidades próprias dos membros do poder judiciário⁸.

Entre estes organismos figurará um Corpo consultivo supremo da República em assuntos do Governo e Administração, cuja composição, atribuições e funcionamento serão regulados por referida lei.

⁶ Art. 122, CE: Compondrán este Tribunal: Un presidente designado por el Parlamento, sea o no Diputado; El presidente del alto Cuerpo consultivo de la República a que se refiere el art. 93; El presidente del Tribunal de Cuentas de la República; Dos Diputados libremente elegidos por las Cortes; Un representante por cada una de las Regiones españolas, elegido en la forma que determine la ley; Dos miembros nombrados efectivamente por todos los Colegios de Abogados de la República; Cuatro profesores de la Facultad de Derecho, designados por el mismo procedimiento entre todas las de España.

Atualmente o Tribunal Constitucional Espanhol está assim composto: María Emilia Baamonde, catedrática de Direito do Trabalho, Presidente do Tribunal Constitucional; Guillermo Jiménez Sánchez, catedrático de Direito Mercantil, Vice-presidente do Tribunal Constitucional; Vicente ALVEZ CONDE Martín de Hijas, magistrado do Tribunal Supremo; Javier Delgado Barrio, magistrado do Tribunal Supremo; Elisa Pérez Vera, catedrática de Direito Internacional Privado; Roberto García-Calvo y Montiel, magistrado do Tribunal Supremo (falecido em 2008); Eugeni Gay Montalvo, advogado; Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Conselho do Estado; Ramón Rodríguez Arribas, magistrado do Tribunal Supremo; Pascual Sala Sánchez, magistrado do Tribunal Supremo; Manuel Aragón Reyes, catedrático de Direito Constitucional; Pablo Pérez Tremps, catedrático de Direito Constitucional. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 10 de maio 2010.

⁷ Artículo 19, LOTC- LEI 02/79:

Uno. El cargo de magistrado del Tribunal Constitucional es incompatible: *Primero*: con el de Defensor del Pueblo; *Segundo*: con el de Diputado y Senador; *Tercero*: con cualquier cargo político o administrativo del Estado, las Comunidades Autónomas, las provincias u otras Entidades locales; *Cuarto*: con el ejercicio de cualquier jurisdicción o actividad propia de la Carrera Judicial o Fiscal; *Quinto*: con empleos de todas clases en los tribunales y juzgados de cualquier orden jurisdiccional; *Sexto*: con el desempeño de funciones directivas en los Partidos Políticos, Sindicatos, Asociaciones, Fundaciones y Colegios Profesionales y con toda clase de empleo al servicio de los mismos; *Séptimo*: con el desempeño de actividades profesionales o mercantiles.

En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del Poder Judicial.

Dos. Cuando concurriere causa de incompatibilidad en quien fuere propuesto como magistrados del Tribunal, deberá, antes de tomar posesión, cesar en el cargo o en la actividad incompatible. Si no lo hiciere en el plazo de diez días siguientes a la propuesta, se entenderá que no acepta el cargo de magistrado del Tribunal Constitucional. La misma regla se aplicará en el caso de incompatibilidad sobrevenida.

⁸ A Lei Orgânica Nº 06/1985, de 01 de julho, do Poder Judiciário Espanhol, no Capítulo II – artigos 389 a 397 – regulamenta as incompatibilidades e proibições do cargo de juiz ou magistrado.

Quando verificada uma condição que gere a incompatibilidade com a atuação como membro do Tribunal Constitucional, antes de tomar posse, deverá o juiz deixar de exercer as atividades ou renunciar ao cargo incompatível com a sua nova atribuição. Se assim não o fizer no prazo de 10 (dez) dias contados a partir da propositura do seu nome ao *status* de juiz constitucional, entende-se que não houve aceitação do cargo de magistrado do Tribunal Constitucional, de acordo com a previsão do artigo 19.2, Lei Orgânica 02/1979.

Conforme a Constituição Espanhola no seu artigo 160 c/c com o artigo 9º, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional⁹, o presidente e o vice-presidente são eleitos, por votação secreta, pelos membros do Tribunal Pleno, e nomeados pelo Rei, mediante Decreto Real, para um mandato de três anos, prorrogáveis, uma única vez, por mais três anos, caso haja reeleição.

Em consonância com a previsão contida no artigo 15, da LOTC 02/79¹⁰, compete ao Presidente do Tribunal Constitucional representar o referido órgão, convocar e presidir o Tribunal no pleno e convocar as salas; adotar as medidas necessárias para o funcionamento do Tribunal, das Salas e das Seções; comunicar às Câmaras, Governo ou Poder Judiciário, em cada caso, a vacância do cargo de juiz constitucional; convoca concursos para funcionários do Tribunal Constitucional; exerce, enfim, o poder administrativo sobre o contingente humano que nesse órgão desenvolve suas funções, suas atribuições.

O Tribunal Constitucional Espanhol atua no pleno, salas ou seções, de acordo com o artigo 6º, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional nº 02/79¹¹, sendo o pleno integrado por

⁹ Artículo 9º, LOTC – Lei 02/79:

1. El Tribunal en Pleno elige de entre sus miembros por votación secreta a su Presidente y propone al Rey su nombramiento.
2. En primera votación se requerirá la mayoría absoluta. Si ésta no se alcanzase se procederá a una segunda votación, en la que resultará elegido quien obtuviese mayor número de votos. En caso de empate se efectuará una última votación y si éste se repitiese, será propuesto el de mayor antigüedad en el cargo y en el caso de igualdad el de mayor edad.
3. El nombre del elegido se elevará al Rey para su nombramiento por un período de tres años, expirado el cual podrá ser reelegido por una sola vez.
4. El Tribunal en Pleno elegirá entre sus miembros, por el procedimiento señalado en el apartado 2 de este artículo y por el mismo período de tres años, un Vicepresidente, al que incumbe sustituir al Presidente en caso de vacante, ausencia u otro motivo legal y presidir la Sala Segunda.

¹⁰ Artigo 15, da LOTC 02/79: El Presidente del Tribunal Constitucional ejerce la representación del Tribunal, convoca y preside el Tribunal en Pleno y convoca las Salas; adopta las medidas precisas para el funcionamiento del Tribunal, de las Salas y de las Secciones; comunica a las Cámaras, al Gobierno o al Consejo General del Poder Judicial, en cada caso, las vacantes; nombra a los letrados, convoca los concursos para cubrir las plazas de funcionarios y los puestos de personal laboral, y ejerce las potestades administrativas sobre el personal del Tribunal.

¹¹ Art. 6º, LOTC:

1. El Tribunal Constitucional actúa en Pleno, en Sala o en Sección.

todos os magistrados do Tribunal e presidido pelo Presidente do Tribunal e, na sua ausência, pelo Vice-presidente. Na falta de ambos, o magistrado mais antigo no cargo é o responsável para presidir este órgão de justiça constitucional e, no caso de igual antiguidade, torna-se responsável, o de maior idade.

O pleno do Tribunal acumula atribuições jurisdicionais e administrativas, sendo aquelas as relacionadas aos processos de inconstitucionalidade, conflitos de competência, controle prévio de tratados internacionais e impugnação pelo Governo das disposições regulamentares das Comunidades Autônomas, e estas as que se referem a toda a parte administrativa, ‘vida interna’ do Tribunal. (LLORENTE, 1997, p. 377).

Possui o Tribunal duas Salas, com competência exclusivamente jurisdicional, como processar e julgar recurso de amparo, formadas por seis magistrados cada, todos nomeados pelo Tribunal no pleno, sendo uma presidida pelo Presidente do Tribunal e a outra pelo Vice Presidente, ambos com voto de qualidade (artigo 7º, LOTC 02/1979¹²).

Cada uma das salas se subdivide em duas Seções formadas por três magistrados, e tem, basicamente, como função a de decidir sobre a admissibilidade das demandas submetidas à análise do Tribunal.

Independentemente se reunido no pleno, salas ou seções, para que as decisões do Tribunal Constitucional sejam proferidas, exige-se, sempre, a presença de, no mínimo, dois terços dos magistrados que os integram.

3.2 Competência

O Tribunal Constitucional, como o intérprete maior da Constituição, é independente dos demais órgãos constitucionalmente previstos e sua jurisdição alcança todo o território nacional, estando submetido apenas à Constituição e à Lei Orgânica nº 02 de 1979, conforme disposição contida no Artigo 1º¹³ desta Lei Orgânica do Tribunal Constitucional.

2. El Pleno está integrado por todos los Magistrados del Tribunal. Lo preside el Presidente del Tribunal y, en su defecto, el Vicepresidente y, a falta de ambos, el Magistrado más antiguo en el cargo y, en caso de igual antigüedad, el de mayor edad.

¹² Art. 7º, LOTC:

1. El Tribunal Constitucional consta de dos Salas. Cada Sala está compuesta por seis Magistrados nombrados por el Tribunal en Pleno.

2. El Presidente del Tribunal lo es también de la Sala Primera, que presidirá en su defecto, el Magistrado más antiguo y, en caso de igual antigüedad, el de mayor edad.

3. El Vicepresidente del Tribunal presidirá en la Sala Segunda y, en su defecto, el Magistrado más antiguo y, en caso de igual antigüedad, el de mayor edad.

¹³ Art. 1º, LOTC 02/79.

Art. 1º.

1. O Tribunal Constitucional, como intérprete supremo da Constituição, é independente dos demais órgãos constitucionais e está submetido apenas à Constituição e a presente Lei Orgânica.
2. É único em sua ordem e estende sua jurisdição a todo o território nacional.

O sistema de competências atribuídas ao Tribunal Constitucional não é taxativo, podendo o mesmo conhecer das matérias que, a despeito de ainda não regulamentadas, venham a sê-lo em nível constitucional ou por Leis Orgânicas (artigo 2.1, h, Lei Orgânica 02/79¹⁴ e artigo 161.1, d, CE).

A previsão do rol de competências da Corte Constitucional Espanhola se situa no artigo 161 da Constituição Espanhola e artigo 2º da Lei Orgânica nº 02/79 e abrange as seguintes matérias:

- recurso e a questão de inconstitucionalidade contra leis, disposições normativas ou atos com força de lei;
- recurso de amparo por violação aos direitos e liberdades públicas;
- conflitos constitucionais de competência entre o Estado e as Comunidades Autônomas ou os conflitos surgidos entre estas;
- conflitos entre os órgãos constitucionais do Estado;
- conflitos em defesa da autonomia local;
- declaração sobre a constitucionalidade dos Tratados Internacionais;

1. El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica.

2. Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional.

¹⁴ Art. 2º, LOTC 02/79.

1. El Tribunal Constitucional conocerá en los casos y en la forma que esta Ley determina:

- a) Del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad contra Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley.
- b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades públicos relacionados en el artículo 53.2 de La Constitución.
- c) De los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.
- d) De los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado.
- d) bis. De los conflictos en defensa de la autonomía local.
- e) De la declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados Internacionales.
- f) De las impugnaciones previstas en el número 2 del artículo 161 de la Constitución.
- g) De la verificación de los nombramientos de los Magistrados del Tribunal Constitucional, para juzgar si los mismos reúnen los requisitos requeridos por la Constitución y la presente Ley.
- h) De las demás materias que le atribuyen la Constitución y las Leyes orgánicas.

2. El Tribunal Constitucional podrá dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios, dentro del ámbito de la presente Ley. Estos reglamentos, que deberán ser aprobados por el Tribunal en Pleno, se publicarán en el "Boletín Oficial del Estado", autorizados por su Presidente.

→ impugnações do Governo relacionadas às disposições e resoluções adotadas pelos órgãos das Comunidades Autônomas;

→ verificação das nomeações dos magistrados do Tribunal Constitucional, para julgar se os mesmos reúnem os requisitos requeridos pela Constituição e Lei Orgânica do Tribunal Constitucional.

A par dessa enumeração normativa, podemos dividir em três grandes grupos as competências do Tribunal Constitucional: controle de constitucionalidade de leis e dos tratados internacionais; garantia dos direitos fundamentais e solução de conflitos constitucionais.

Os procedimentos de declaração da inconstitucionalidade de leis ou atos normativos com força de lei do Estado ou das Comunidades Autônomas podem ser realizados através da interposição do Recurso de Inconstitucionalidade (*recurso de inconstitucionalidad*), da Questão de Inconstitucionalidade (*cuestión de inconstitucionalidad*) promovida pelos juízes ou Tribunais, ou ainda, por intermédio do Controle Prévio de Constitucionalidade dos Tratados Internacionais, todos conhecidos pelo Pleno do Tribunal¹⁵.

Através desses procedimentos de declaração de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional garante a supremacia da Constituição ao julgar sobre a legitimidade constitucional das leis, disposições ou atos normativos impugnados.

O artigo 27.2, Lei 02/79, prevê quais normas são suscetíveis de declaração de inconstitucionalidade, podendo ser, portanto, objeto de controle pelo Tribunal Constitucional: os Estatutos de Autonomia e as demais Leis Orgânicas; leis, disposições normativas e atos do Estado com força de lei; os tratados internacionais; os Regulamentos das Câmaras e das

¹⁵Lei Orgânica 02/1979, Artigo 10: 1. El Tribunal en Pleno conoce de los siguientes asuntos: de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los tratados internacionales; de los recursos de inconstitucionalidad contra las Leyes y demás disposiciones con valor de Ley, excepto los de mera aplicación de doctrina, cuyo conocimiento podrá atribuirse a las Salas en el trámite de admisión. Al atribuir a la Sala el conocimiento del recurso, el Pleno deberá señalar la doctrina constitucional de aplicación; de las cuestiones de constitucionalidad que reserve para sí; las demás deberán deferirse a las Salas según un turno objetivo; de los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí; de las impugnaciones previstas en el apartado 2 del artículo 161 de la Constitución; de los conflictos en defensa de la autonomía local; de los conflictos entre los órganos constitucionales del Estado; de las anulaciones en defensa de la jurisdicción del Tribunal previstas en el artículo 4.3; de la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos para el nombramiento de Magistrado del Tribunal Constitucional; del nombramiento de los Magistrados que han de integrar cada una de las Salas; de la recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional; del cese de los Magistrados del Tribunal Constitucional en los casos previstos en el artículo 23; de la aprobación y modificación de los reglamentos del Tribunal; de cualquier otro asunto que sea competencia del Tribunal pero recabe para sí el Pleno, a propuesta del Presidente o de tres Magistrados, así como de los demás asuntos que le puedan ser atribuidos expresamente por una Ley Orgánica.

Cortes Gerais; as leis, atos e disposições normativas com força de lei das Comunidades Autônomas e os Regulamentos das Assembléias Legislativas das Comunidades Autônomas.

Devemos entender como disposições normativas com força de lei os decretos-leis e os decretos legislativos previstos, respectivamente, nos artigos 86 e 82 a 85 da Constituição Espanhola. (LLORENTE, 1997, p. 384).

De acordo com o artigo 86 da CE, em caso de extraordinária e urgente necessidade, o Governo poderá ditar disposições legislativas provisórias sob a forma de Decretos Leis, os quais não poderão interferir no ordenamento das instituições básicas do Estado, nos direitos, deveres e liberdades dos cidadãos; no regime das Comunidades Autônomas e nem no direito eleitoral geral.

Art. 86, CE¹⁶:

1. Em caso de extraordinária e urgente necessidade, o Governo poderá ditar disposições legislativas provisórias que adotarão a forma de Decretos-leis e que não poderão afetar o ordenamento das instituições básicas do Estado, aos direitos, deveres e liberdades dos cidadãos regulados no Título I, ao regime das Comunidades Autônomas e ao Direito eleitoral geral.
2. Os Decretos-leis deverão ser imediatamente submetidos a debate e votação pelo Congresso dos Deputados, convocado para tanto caso não esteja reunido, no prazo de trinta dias seguintes a sua promulgação. O Congresso deverá pronunciar-se expressamente dentro deste prazo sobre a sua convalidação ou derrogação, para o qual o regulamento estabelecerá um procedimento especial e sumário.
3. Durante o prazo estabelecido no ítem anterior, as Cortes poderão fazê-los tramitar como projetos de lei pelo procedimento de urgência.

Os decretos legislativos são normas criadas pelo Governo, mediante delegação legislativa expressa das Cortes Gerais e com fixação de prazo para o seu exercício, que se esgota mediante a publicação da norma correspondente, conforme previsão constitucional contida na norma do artigo 82 da CE. Não se poderá admitir tal delegação de forma implícita ou por tempo indeterminado, tampouco se poderá permitir a sua subdelegação a autoridades

¹⁶ Art. 86, CE:

1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.
2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.
3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

distintas do próprio Governo. É importante frisar que nem todas as matérias podem ser objeto de delegação legislativa ao Governo, estando excluídas aquelas relacionadas aos direitos fundamentais e liberdades públicas, as que aprovem os Estatutos de Autonomia e o regime eleitoral geral – artigo 81, CE¹⁷.

Definidos os objetos de controle dos procedimentos de declaração de inconstitucionalidade, esclareçamos quais normas podem servir de parâmetro de constitucionalidade, isto é, diante de quais documentos normativos uma lei, disposição ou ato normativo podem ser declarados inconstitucionais?!

O artigo 28 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol¹⁸ determina que para apreciar a conformidade ou desconformidade de uma lei, disposição ou ato com força de lei do Estado ou das Comunidades Autônomas com a Constituição, o Tribunal considerará, além dos preceitos constitucionais, as leis criadas para delimitar as competências do Estado e das diferentes Comunidades Autônomas, ou criadas para regular ou harmonizar o exercício das

¹⁷ Art. 81, CE.

1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del Proyecto.

Art. 82, CE.

1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior.

2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo.

3. La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno.

4. Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio.

5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

6. Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control.

¹⁸ Art. 28, LOTC 02/79.

1. Para apreciar la conformidad o desconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas.

2. Asimismo el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un Decreto-ley, Decreto legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido.

suas competências; é o chamado bloco de constitucionalidade. Como a matéria que regulamenta a competência é de ordem constitucional e em razão da Constituição Espanhola ter adotado o sistema de distribuição de competências entre o Estado e as Comunidades Autônomas, fazendo remissões dessa atribuição aos Estatutos de Autonomia e outras leis especiais, torna-se imprescindível a verificação de todas essas normas que integram o bloco de constitucionalidade, para julgar a legitimidade constitucional de um preceito infraconstitucional (MONTORO, 1992. p. 443–444).

Assim, o pedido acerca da existência ou não, do vício da inconstitucionalidade de uma norma deve ter a sua causa motivadora baseada numa afronta direta e inequívoca a um dos textos normativos que integram o bloco de constitucionalidade, composto pela Constituição espanhola e por leis que, respaldadas nesta, delimitem ou regulem o exercício das competências do Estado e das Comunidades Autônomas.

Essa declaração de inconstitucionalidade poderá ser exercida através do recurso de inconstitucionalidade ou da questão de inconstitucionalidade promovida pelos juízes ou Tribunais.

O Recurso de Inconstitucionalidade, previsto nos artigos 31 a 34 da LOTC 02/1979¹⁹, é interposto perante o Tribunal Constitucional, como uma manifestação do controle direto e

¹⁹ Art. 31, LOTC 02/1979: El recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley podrá promoverse a partir de su publicación oficial.

Art. 32

1. Están legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad cuando se trate de Estatutos de Autonomía y demás Leyes del Estado, orgánicas o en cualesquiera de sus formas, y disposiciones normativas y actos del Estado o de las Comunidades Autónomas con fuerza de Ley, Tratados Internacionales y Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales:

- a) El Presidente del Gobierno.
- b) El Defensor del Pueblo.
- c) Cincuenta Diputados.
- d) Cincuenta Senadores.

2. Para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, están también legitimados los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto

Art. 33

1. El recurso de inconstitucionalidad se formulará dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley impugnado mediante demanda presentada ante el Tribunal Constitucional, en la que deberán expresarse las circunstancias de identidad de las personas u órganos que ejercitan la acción y, en su caso, de sus comisionados, concretar la Ley, disposición o acto impugnado, en todo o en parte, y precisar el precepto constitucional que se entiende infringido.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el Presidente del Gobierno y los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas podrán interponer el recurso de inconstitucionalidad en el plazo de nueve meses contra leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley en relación con las cuales, y con la finalidad de evitar la interposición del recurso, se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se reúna la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y la respectiva Comunidad Autónoma, pudiendo solicitar su convocatoria cualquiera de las dos Administraciones.

abstrato de normas, pelo Presidente do Governo, pelo Defensor do Povo, por 50 (cinquenta) deputados, por 50 (cinquenta) Senadores, ou, ainda, pelos órgãos colegiados do executivo e legislativo das Comunidades Autônomas, quando afetado o seu âmbito de autonomia em razão de norma criada pelo Estado ou por uma distinta Comunidade Autônoma. (artigo 162.1, a, CE)

Por ser a Constituição o instrumento que se consubstancia em uma realidade política de um Estado, os legitimados a agir perante o Tribunal Constitucional, em sede de recurso de inconstitucionalidade, integram, exatamente, o setor político, pois, presume-se, tenham eles um mais amplo conhecimento das normas que compõem o bloco de constitucionalidade, que servem de parâmetro para a verificação da legitimidade constitucional dos documentos normativos que, juntos, formam o ordenamento jurídico.

É o que se pode depreender, por exemplo, da outorga dessa legitimidade aos 50 (cinquenta) deputados ou senadores para argüirem a inconstitucionalidade de uma norma perante o Tribunal Constitucional. Abriu-se, na verdade, a prerrogativa às minorias parlamentares para questionarem, em juízo, a constitucionalidade de uma norma, submetendo, desta feita, a uma nova avaliação – agora do intérprete supremo da Constituição – aquelas matérias de leis que, apesar de aprovadas, são de legitimidade questionável.

Observamos, ainda, que os legitimados para provocar a atuação do Tribunal Constitucional compõem um rol reduzido quando comparado a outros sistemas como o brasileiro²⁰, por exemplo, e, de acordo com Perez Tremps, (PEREZ TREMP, 1997, p. 257),

b) Que en el seno de la mencionada Comisión Bilateral se haya adoptado un acuerdo sobre iniciación de negociaciones para resolver las discrepancias, pudiendo instar, en su caso, la modificación del texto normativo. Este acuerdo podrá hacer referencia a la invocación o no de la suspensión de la norma en el caso de presentarse el recurso en el plazo previsto en este apartado.

c) Que el acuerdo sea puesto en conocimiento del Tribunal Constitucional por los órganos anteriormente mencionados dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley, y se inserte en el "Boletín Oficial del Estado" y en el "Diario Oficial" de la Comunidad Autónoma correspondiente.

3. Lo señalado en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la facultad de interposición del recurso de inconstitucionalidad por los demás órganos y personas a que hace referencia el artículo 32.

Art. 34

1. Admitida a trámite la demanda, el Tribunal Constitucional dará traslado de la misma al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia y, en caso de que el objeto del recurso fuera una Ley o disposición con fuerza de Ley dictada por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma a fin de que puedan personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimaren oportunas.

2. La personación y la formulación de alegaciones deberán hacerse en el plazo de quince días, transcurrido el cual el Tribunal dictará sentencia en el de diez, salvo que, mediante resolución motivada, el propio Tribunal estime necesario un plazo más amplio que, en ningún caso, podrá exceder de treinta días.

²⁰ A Constituição Federal Brasileira de 1988 define, na norma contida no seu artigo 103, os legitimados para a propositura de ações em sede do controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal

o objetivo dessa restrição para provocar a atuação da justiça constitucional é o de “*evitar continuas impugnaciones de las normas que se consideran elementos básicos del ordenamiento y manifestación, más o menos directa, de la voluntad general.*”

Deve ser formulado no prazo de 03 (três) meses, contados a partir da publicação da lei, disposição ou ato com força de lei que se quer impugnar, mediante demanda apresentada perante o Tribunal Constitucional, na qual deverão constar: a norma impugnada, o preceito constitucional que se entende violado e demonstração da legitimidade ativa para a interposição do recurso.

Admitida a demanda, o Tribunal Constitucional a encaminhará ao Congresso dos Deputados e ao Senado, por intermédio dos seus presidentes, ao Governo, por intermédio do Ministério da Justiça e, nos casos em que o objeto do recurso seja norma das Comunidades Autônomas, aos seus órgãos legislativo e executivo, a fim de que possam tomar conhecimento do procedimento de declaração de inconstitucionalidade e formular as alegações que estimarem oportunas, no prazo de 15 (quinze) dias, findo os quais o Tribunal Constitucional terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir sua sentença, salvo se estimar necessário, mediante resolução motivada, um prazo mais amplo, que não poderá exceder 30 (trinta) dias. (artigo 34, Lei 02/79).

A improcedência de um recurso de inconstitucionalidade contra uma lei, disposição ou ato com força de lei, por razões de forma, não será obstáculo para que a mesma norma possa ser objeto de uma questão de inconstitucionalidade na ocasião em que seja aplicada na solução de uma lide em outro processo judicial.

Quando um juiz ou Tribunal, de ofício ou mediante provocação das partes, considerar que uma norma com força de lei, aplicável ao caso e de cuja validade dependa a decisão possa ser contrária a Constituição, submeterá, perante o Tribunal Constitucional, a questão de inconstitucionalidade²¹, desde que concluído todo o trâmite processual e dentro do prazo para

Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário e competente para processar e julgar as referidas ações: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

²¹ Art. 35, LOTC 02/79.

1. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

proferir a sentença ou resolução jurisdiccional cabível, devendo determinar a lei ou norma com força de lei cuja constitucionalidade se questiona, o preceito constitucional que se supõe infringido e especificar ou justificar em que medida a decisão do processo depende da validade da norma em questão.

O órgão judicial ouvirá as partes e o Ministério Público para que, no prazo comum e improrrogável de 10 (dez) dias possam alegar o que queiram sobre a pertinência da *cuestión de inconstitucionalidad*, ou sobre seu mérito. Em seguida, o juiz resolverá no prazo de 03 (três) dias, se submete ou não a questão perante o Tribunal Constitucional, não sendo passível de recurso tal decisão, ainda que a questão possa ser novamente apresentada em instâncias ou graus superiores, até o trânsito em julgado da decisão. (artigo 36, Lei 02/79)

A propositura da questão de constitucionalidade originará a suspensão provisória do trâmite processual até que o Tribunal Constitucional se pronuncie sobre sua admissão. Publicada a sua admissão no Boletim Oficial do Estado, o processo judicial permanecerá suspenso até que o Tribunal Constitucional resolva definitivamente sobre a questão, e as partes litigantes no processo judicial poderão apresentar-se, perante o Tribunal, nos 15

2. El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediere, y deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar mediante auto su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de 10 días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de esta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase. No obstante, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a sentencia firme.

3. El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión.

Art. 36

El órgano judicial elevará al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad junto con testimonio de los autos principales y de las alegaciones previstas en el artículo anterior, si las hubiere.

Art. 37

1. Recibidas en el Tribunal Constitucional las actuaciones, el procedimiento se sustanciará por los trámites del apartado 2 de este artículo. No obstante, podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada. Esta decisión será motivada.

2. Publicada en el "Boletín Oficial del Estado" la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días.

3. El Tribunal Constitucional dará traslado de la cuestión al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Fiscal General del Estado, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y, en caso de afectar a una Ley o a otra disposición normativa con fuerza de Ley dictadas por una Comunidad Autónoma, a los órganos legislativo y ejecutivo de la misma, todos los cuales podrán personarse y formular alegaciones sobre la cuestión planteada en el plazo común improrrogable de quince días. Concluido éste, el Tribunal dictará sentencia en el plazo de quince días, salvo que estime necesario, mediante resolución motivada, un plazo más amplio, que no podrá exceder de treinta días.

(quinze) dias seguintes a sua publicação, para que possam formular alegações, num outro prazo também de 15 (quinze) dias.

Caso não seja admitida, por lhe faltarem as condições processuais ou quando infundada a questão suscitada, o Tribunal motivará sua decisão.

O Tribunal Constitucional encaminhará a questão ao Congresso dos Deputados e ao Senado, por intermédio dos seus presidentes; ao Procurador-Geral de Justiça; ao Governo, por intermédio do Ministério da Justiça; e, no caso de afetar uma lei ou outra disposição normativa com força lei ditadas pelas Comunidades Autônomas, aos órgãos legislativo e executivo das mesmas, que poderão formular alegações no prazo comum improrrogável de 15 (quinze) dias, findo os quais o Tribunal Constitucional terá o prazo também de 15 (quinze) dias para proferir sua sentença, salvo se estimar necessário, mediante resolução motivada, um prazo mais amplo, que não poderá exceder 30 (trinta) dias. (artigo 37, Lei 02/79)

O controle prévio de constitucionalidade dos Tratados Internacionais visa impedir o ingresso no ordenamento jurídico de normas internacionais que violem a Constituição Espanhola e, para tanto, o governo ou qualquer uma das Casas do Legislativo – Deputados e Senadores – podem requerer junto ao Tribunal Constitucional a pronúncia sobre a existência ou inexistência de contradição entre a Constituição e a regulamentação de um tratado internacional quando, embora já finalizado o texto normativo, ainda não esteja em vigor no sistema jurídico, porque ainda não ratificado pelo Estado (artigo 78, Lei 02/79²²).

Isto porque, os tratados internacionais validamente celebrados, uma vez publicados oficialmente na Espanha, integrarão o ordenamento jurídico interno, podendo suas

²² Art. 78, LOTC 02/79.

1. El Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un Tratado Internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado.
2. Recibido el requerimiento, el Tribunal Constitucional emplazará al solicitante y a los restantes órganos legitimados, según lo previsto en el apartado anterior, a fin de que, en el término de un mes, expresen su opinión fundada sobre la cuestión. Dentro del mes siguiente al transcurso de este plazo y salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, el Tribunal Constitucional emitirá su declaración, que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 95 de la Constitución, tendrá carácter vinculante.
3. En cualquier momento podrá el Tribunal Constitucional solicitar de los órganos mencionados en el apartado anterior o de otras personas físicas o jurídicas u otros órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas, cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estimen necesarias, alargando el plazo de un mes antes citado en el mismo tiempo que hubiese concedido para responder a sus consultas, que no podrá exceder de treinta días.

disposições ser derogadas, modificadas ou suspensas, na forma prevista nos próprios tratados ou de acordo com as normas gerais de Direito Internacional. (artigo 96.1, CE²³)

Vale ressaltar que, para que o Estado se obrigue internacionalmente, mediante tratado ou convênio, quando diante de matérias de caráter político, de caráter militar; que afetem a integridade territorial do Estado; matérias relacionadas aos direitos e deveres fundamentais estabelecidos constitucionalmente; que impliquem em obrigações financeiras para a Fazenda Pública ou que suponham modificação ou derrogação de alguma lei ou exijam medidas legislativas para sua execução, é condição *sine qua* a prévia autorização das Cortes Gerais – Deputados e Senadores –. No que concerne às demais matérias neste rol não indicadas, o Congresso dos Deputados e o Senado serão imediatamente informados das conclusões dos Tratados ou convênio (artigo 94, CE²⁴).

Recebido o requerimento, o Tribunal solicitará que no prazo de um mês, o requerente e os demais legitimados expressem sua opinião, devidamente fundamentada, sobre a questão. No mês seguinte ao transcurso desse prazo, o Tribunal proferirá sua decisão, que terá caráter vinculante.

Em qualquer momento, poderá o Tribunal solicitar aos órgãos legitimados, a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, ou ainda, a outros órgãos do Estado e das Comunidades Autônomas quantas informações ou esclarecimentos que entender necessárias, podendo conceder-lhes um prazo não superior a 30 (trinta) dias, para que respondam aos seus questionamentos.

A Constituição Espanhola no seu artigo 161, 1, *b*, e a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, nos artigos 41 a 58, prevêem a proteção subjetiva dos direitos fundamentais e as liberdades públicas instituídas constitucionalmente por intermédio do Recurso de Amparo,

²³ Art. 96, CE.

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

²⁴ Art. 94, CE.

1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

- a) Tratados de carácter político.
- b) Tratados o convenios de carácter militar.
- c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.
- d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.
- e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios.

instrumento processual que visa garantir-lhes a integridade frente às violações originadas por disposições, atos jurídicos, omissões ou simples atos praticados pelos poderes públicos do Estado, das Comunidades Autônomas e demais entes públicos de caráter territorial, corporativo ou institucional, ou pelos seus funcionários ou agentes.

As decisões ou atos sem força de lei, emanados das Cortes ou de qualquer de seus órgãos, ou das Assembléias Legislativas das Comunidades Autônomas, ou de seus órgãos, que violem os direitos e as liberdades suscetíveis de amparo constitucional poderão ser recorridas no prazo de 03 (três) meses.

Neste caso serão legitimados para apresentar o recurso a pessoa diretamente afetada, o Defensor Público e Ministério Público.

As violações aos direitos e liberdades originadas por disposições, atos jurídicos, omissões ou atos do Governo ou de suas autoridades ou funcionários, ou dos órgãos executivos colegiados das comunidades autônomas ou de suas autoridades ou funcionários e agentes, poderão dar lugar ao recurso de amparo uma vez que se tenha esgotado a via judicial competente. O prazo para interpor o recurso de amparo constitucional será de 20 (vinte) dias seguintes a notificação da decisão proferida no prévio processo judicial.

As violações aos direitos e liberdades suscetíveis de amparo constitucional, que tiverem origem imediata e direta em um ato ou omissão de um órgão judicial, poderão dar lugar a este recurso desde que cumpridos os seguintes requisitos: que se tenham esgotados todos os meios de impugnação previstos pelas normas processuais para o caso concreto, na via judicial; e que a violação ao direito ou liberdade seja imputável de modo imediato e direto a uma ação ou omissão do órgão judicial, independentemente dos motivos que justificaram a instauração do processo, no qual tal violação se produziu, os quais não serão objeto de apreciação pelo Tribunal Constitucional; que se tenha denunciado formalmente no processo a vulneração ao direito constitucional, no caso de ter havido tal oportunidade.

Nestas duas últimas hipóteses são legitimados para interpor o recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional quem tenha sido parte no processo judicial correspondente, o Defensor Público e o Ministério Público.

Ainda que não seja parte, o Ministério Público intervirá em todos os processos de amparo, em defesa da legalidade, dos direitos dos cidadãos e dos interesses públicos tutelados pela lei.

Poderão comparecer no processo de amparo constitucional, como demandado ou assistente, as pessoas favorecidas pela decisão, ato ou fato em razão do qual foi formulado o recurso, desde que demonstrem um interesse legítimo no mesmo.

A Sala ou Seção que analisar o mérito do recurso se manifestará pela outorga ou denegação do amparo. O conhecimento do recurso de amparo em relação às decisões de juízes e tribunais será limitado a constatar se houve a violação dos direitos ou liberdades públicas do demandante, bem como a preservá-los e a restabelecê-los. O Tribunal Constitucional, através das suas Salas ou Seções, não emitirá quaisquer outras considerações sobre a atuação dos órgãos jurisdicionais.

Caso outorgue o amparo, a sentença será formulada com alguns dos seguintes pronunciamentos: declaração de nulidade da decisão, ato ou resolução que tenha impedido o pleno exercício dos direitos ou liberdades protegidos constitucionalmente, com especificação do alcance dos seus efeitos; reconhecimento do direito ou liberdade pública, tal como declarado e previsto no texto fundamental; restabelecimento do recorrente no exercício integral de seus direitos e liberdades com a adoção das medidas apropriadas para garantir a sua conservação.

A interposição do recurso de amparo não suspenderá, em regra, os efeitos do ato ou sentença impugnados, podendo, excepcionalmente, o Tribunal Constitucional suspendê-los, total ou parcialmente, quando a sua execução produzir um prejuízo ao recorrente de modo a fazer perecer a finalidade do amparo. Essa suspensão poderá ocorrer desde que não ocasione uma perturbação grave a qualquer interesse constitucionalmente protegido, nem aos direitos fundamentais ou liberdade de outra pessoa.

Poderão ser adotadas, ainda, quaisquer medidas cautelares e resoluções provisórias previstas no ordenamento e que, pela sua natureza, podem ser aplicadas no processo de amparo e tendam a evitar que o recurso perca a sua finalidade.

Os conflitos constitucionais²⁵ dos quais o Tribunal Constitucional é competente para conhecer, decorrem das competências ou atribuições definidas constitucionalmente, nos

²⁵ Art. 59, LOTC - Lei 02/79

1. El Tribunal Constitucional entenderá de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las Leyes orgánicas u ordinarias dictadas para delimitar los ámbitos propios del Estado y las Comunidades Autónomas y que opongan:

a) Al Estado con una o más Comunidades Autónomas.

b) A dos o más Comunidades Autónomas entre sí.

c) Al Gobierno con el Congreso de los Diputados, el Senado o el Consejo General del Poder Judicial; o a cualquiera de estos órganos constitucionales entre sí.

Estatutos de Autonomía o en las leyes orgánicas o ordinarias creadas para delimitar la actuación del propio Estado y de las Comunidades Autónomas.

Los conflictos constitucionales de competencia ocurridos entre el Estado y una Comunidad Autónoma o los conflictos de estas entre sí, pueden ser suscitados ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno o por los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en caso de conflicto negativo, podrá ser suscitado también por las personas físicas o jurídicas interesadas en su deslinde.

Tales conflictos constitucionales pueden surgir a partir de la entrada en el ordenamiento jurídico de disposiciones, resoluciones o actos emanados por los órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas, o incluso por la omisión de tales disposiciones, resoluciones o actos. La decisión del Tribunal Constitucional sobre la existencia o inexistencia de tal conflicto vinculará todos los poderes públicos, siendo-lhe atribuida la eficacia *erga omnes*.

El conflicto positivo, de acuerdo con los artículos 62 a 67 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional²⁶, se caracteriza cuando el Gobierno considere que una disposición o resolución

2. El Tribunal Constitucional entenderá también de los conflictos en defensa de la autonomía local que planteen los municipios y provincias frente al Estado o a una Comunidad Autónoma.

CAPÍTULO II: DE LOS CONFLICTOS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS O DE ESTAS ENTRE SÍ

Art. 60

Los conflictos de competencia que opongan al Estado con una Comunidad Autónoma o a éstas entre sí, podrán ser suscitados por el Gobierno o por los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas, en la forma que determinan los artículos siguientes. Los conflictos negativos podrán ser instados también por las personas físicas o jurídicas interesadas.

Art. 61

1. Pueden dar lugar al planteamiento de los conflictos de competencia las disposiciones, resoluciones y actos emanados de los órganos del Estado o de los órganos de las Comunidades Autónomas o la omisión de tales disposiciones, resoluciones o actos.

2. Cuando se plantease un conflicto de los mencionados en el artículo anterior con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier Tribunal, este suspenderá el curso del proceso hasta la decisión del conflicto constitucional.

3. La decisión del Tribunal Constitucional vinculará a todos los poderes públicos y tendrá plenos efectos frente a todos.

²⁶ Art. 62, LOTC - Ley 02/79

Cuando el Gobierno considere que una disposición o resolución de una Comunidad Autónoma no respeta el orden de competencia establecido en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía o en las Leyes orgánicas correspondientes, podrá formalizar directamente ante el Tribunal Constitucional, en el plazo de dos meses, el conflicto de competencia, o hacer uso del previo requerimiento regulado en el artículo siguiente, todo ello sin perjuicio de que el Gobierno pueda invocar el artículo 161.2 de la Constitución, con los efectos correspondientes.

Art. 63

1. Cuando el órgano ejecutivo superior de una Comunidad Autónoma considerase que una disposición, resolución o acto emanado de la autoridad de otra Comunidad o del Estado no respeta el orden de competencias establecido en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía o en las Leyes correspondientes y siempre que afecte a su propio ámbito, requerirá a aquella o a éste para que sea derogada la disposición o anulados la resolución o el acto en cuestión.

de uma Comunidade Autônoma viole as competências regulamentadas na Constituição, nos Estatutos de Autonomia ou nas Leis Orgânicas correspondentes, poderá formalizar diretamente perante o Tribunal Constitucional, no prazo de 02 (dois) meses, o conflito de competência.

Quando a chefia do executivo de uma Comunidade Autônoma considere que uma disposição, resolução ou ato emanado de outra comunidade ou do Estado não respeita a ordem de competências instituída pela Constituição, Estatutos de Autonomia, ou pelas leis

2. El requerimiento de incompetencia podrá formularse dentro de los dos meses siguientes al día de la publicación o comunicación de la disposición, resolución o acto que se entiendan viciados de incompetencia o con motivo de un acto concreto de aplicación y se dirigirá directamente al Gobierno o al órgano ejecutivo superior de la otra Comunidad Autónoma, dando cuenta igualmente al Gobierno en este caso.

3. En el requerimiento se especificarán con claridad los preceptos de la disposición o los puntos concretos de la resolución o acto viciados de incompetencia, así como las disposiciones legales o constitucionales de las que el vicio resulte.

4. El órgano requerido, si estima fundado el requerimiento, deberá atenderlo en el plazo máximo de un mes a partir de su recepción, comunicándolo así al requirente y al Gobierno, si éste no actuara en tal condición. Si no lo estimara fundado, deberá igualmente rechazarlo dentro del mismo plazo, a cuyo término se entenderán en todo caso rechazados los requerimientos no atendidos.

5. Dentro del mes siguiente a la notificación del rechazo o al término del plazo a que se refiere el apartado anterior, el órgano requirente, si no ha obtenido satisfacción, podrá plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional, certificando el cumplimiento infructuoso del trámite de requerimiento y alegando los fundamentos jurídicos en que éste se apoya.

Art. 64

1. En el término de diez días, el Tribunal comunicará al Gobierno u órgano autonómico correspondiente la iniciación del conflicto, señalándose plazo, que en ningún caso será mayor de veinte días, para que aporte cuantos documentos y alegaciones considere convenientes.

2. Si el conflicto hubiere sido entablado por el Gobierno una vez adoptada decisión por la Comunidad Autónoma y con invocación del artículo 161.2 de la Constitución, su formalización comunicada por el Tribunal suspenderá inmediatamente la vigencia de la disposición, resolución o acto que hubiesen dado origen al conflicto.

3. En los restantes supuestos, el órgano que formalice el conflicto podrá solicitar del Tribunal la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto del conflicto, invocando perjuicios de imposible o difícil reparación, el Tribunal acordará o denegará libremente la suspensión solicitada.

4. El planteamiento del conflicto iniciado por el Gobierno y, en su caso, el auto del Tribunal por el que se acuerde la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto del conflicto serán notificados a los interesados y publicados en el correspondiente "Diario Oficial" por el propio Tribunal.

Art. 65

1. El Tribunal podrá solicitar de las partes cuantas informaciones, aclaraciones o precisiones juzgue necesarias para su decisión y resolverá dentro de los quince días siguientes al término del plazo de alegaciones o del que, en su caso, se fijare para las informaciones, aclaraciones o precisiones complementarias antes aludidas.

2. En el caso previsto en el número dos del artículo anterior, si la sentencia no se produjera dentro de los cinco meses desde la iniciación del conflicto, el Tribunal deberá resolver dentro de este plazo, por auto motivado, acerca del mantenimiento o levantamiento de la suspensión del acto, resolución o disposición impugnados de incompetencia por el Gobierno.

Art. 66: La sentencia declarará la titularidad de la competencia controvertida y acordará, en su caso, la anulación de la disposición, resolución o actos que originaron el conflicto en cuanto estuvieren viciados de incompetencia, pudiendo disponer lo que fuera procedente respecto de las situaciones de hecho o de derecho creadas al amparo de la misma.

Art.67: Si la competencia controvertida hubiera sido atribuida por una Ley o norma con rango de Ley, el conflicto de competencias se tramitará desde su inicio o, en su caso, desde que en defensa de la competencia ejercida se invocare la existencia de la norma legal habilitante, en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad.

correspondentes, e desde que afete o seu âmbito de competência, requererá à Comunidade ou ao Estado para que seja derogada a disposição ou anulados a resolução ou atos em questão.

Tal requerimento especificará com clareza os preceitos da disposição ou os pontos determinados da resolução ou ato viciados de incompetência, assim como as disposições legais ou constitucionais que se entende violadas.

Poderá ser formulado o requerimento nos 02 (dois) meses seguintes ao dia da publicação da norma que se pretende questionar e apresentado diretamente ao Governo ou à chefia do executivo da Comunidade Autônoma, neste caso deverá o Governo conhecer do requerimento apresentado perante a Comunidade Autônoma.

O órgão requerido, no prazo de 01 (um) mês contado a partir do recebimento do requerimento, deverá se manifestar pela procedência ou improcedência da alegação do conflito de competência. Se terminado o prazo, o órgão requerido não se posicionar, entender-se-ão como rejeitadas as alegações formuladas no requerimento.

Durante o mês seguinte à expiração do prazo para manifestação do órgão requerido ou rejeição da existência de vício de incompetência, o órgão requerente, caso insatisfeito, poderá submeter ao Tribunal constitucional o referido conflito, certificando o prévio percurso ao trâmite administrativo e fundamentando juridicamente suas alegações.

No decurso de 10 (dez) dias, o Tribunal Constitucional comunicará o início do conflito constitucional ao Governo e ao Órgão Autônomo interessado, determinando um prazo não superior a 20 (vinte) dias, para a apresentação de documentos e alegações que entenderem necessários.

O Tribunal poderá solicitar das partes quantas informações ou esclarecimentos que julgar necessários para proferir sua decisão. A sentença declarará a titularidade da competência controvertida e decidirá pela anulação da disposição, resolução ou atos que originaram o conflito, desde que viciados de incompetência, podendo, ainda, dispor, de acordo com o que entender procedente, sobre as situações de fato e de direito criadas sob a vigência da norma em questão.

Se a competência controvertida tiver sido atribuída por uma lei ou norma com força de lei, o conflito de competências tramitará, desde o seu início ou desde o momento em que for invocada a existência de uma norma, sob a mesma forma prevista para o recurso de inconstitucionalidade.

Os conflitos negativos, regulamentados nos artigos 68 a 72 da Lei nº 02/79²⁷, ocorrem quando um órgão da administração do Estado declinar de sua competência para resolver uma

²⁷ Art. 68, LOTC – LEI 02/79

1. En el caso de que un órgano de la Administración del Estado declinare su competencia para resolver cualquier pretensión deducida ante el mismo por persona física o jurídica, por entender que la competencia corresponde a una Comunidad Autónoma, el interesado, tras haber agotado la vía administrativa mediante recurso ante el Ministerio correspondiente, podrá reproducir su pretensión ante el órgano ejecutivo colegiado de la Comunidad Autónoma que la resolución declare competente. De análogo modo se procederá si la solicitud se promueve ante una Comunidad Autónoma y ésta se inhibe por entender competente al Estado o a otra Comunidad Autónoma.

2. La Administración solicitada en segundo lugar deberá admitir o declinar su competencia en el plazo de un mes. Si la admitiere, procederá a tramitar la solicitud presentada. Si se inhibiere, deberá notificarlo al requirente, con indicación precisa de los preceptos en que se funda su resolución.

3. Si la Administración a que se refiere el apartado anterior declinare su competencia o no pronunciare decisión afirmativa en el plazo establecido, el interesado podrá acudir al Tribunal Constitucional. A tal efecto, deducirá la oportuna demanda dentro del mes siguiente a la notificación de la declinatoria o si transcurriese el plazo establecido en el apartado dos del presente artículo sin resolución expresa, en solicitud de que se tramite y resuelva el conflicto de competencia negativo.

Art. 69

1. La solicitud de planteamiento de conflicto se formulará mediante escrito, al que habrán de acompañarse los documentos que acrediten haber agotado el trámite a que se refiere el artículo anterior y las resoluciones recaídas durante el mismo.

2. Si el Tribunal entendiere que la negativa de las Administraciones implicadas se basa precisamente en una diferencia de interpretación de preceptos constitucionales o de los Estatutos de Autonomía o de Leyes orgánicas u ordinarias que delimiten los ámbitos de competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas declarará, mediante auto que habrá de ser dictado dentro de los diez días siguientes al de la presentación del escrito, planteado el conflicto. Dará inmediato traslado del auto al solicitante y a las Administraciones implicadas, así como a cualesquiera otras que el Tribunal considere competentes, a las que remitirá además copia de la solicitud de su planteamiento y de los documentos acompañados a la misma y fijará a todos el plazo común de un mes para que aleguen cuanto estimen conducente a la solución del conflicto planteado.

Art. 70

1. Dentro del mes siguiente a la conclusión del plazo señalado en el artículo anterior o, en su caso, del que sucesivamente el Tribunal hubiere concedido para responder a las peticiones de aclaración, ampliación o precisión que les hubiere dirigido, se dictará sentencia que declarará cuál es la Administración competente.

2. Los plazos administrativos agotados se entenderán nuevamente abiertos por su duración ordinaria a partir de la publicación de la sentencia.

Art. 71

1. El Gobierno podrá igualmente plantear conflicto de competencias negativo cuando habiendo requerido al órgano ejecutivo superior de una Comunidad Autónoma para que ejercite las atribuciones propias de la competencia que a la Comunidad confieran sus propios estatutos o una Ley orgánica de delegación o transferencia, sea desatendido su requerimiento por declararse incompetente el órgano requerido.

2. La declaración de incompetencia se entenderá implícita por la simple inactividad del órgano ejecutivo requerido dentro del plazo que el Gobierno le hubiere fijado para el ejercicio de sus atribuciones, que en ningún caso será inferior a un mes.

Art. 72

1. Dentro del mes siguiente al día en que de manera expresa o tácita haya de considerarse rechazado el requerimiento a que se refiere el artículo anterior, el Gobierno podrá plantear ante el Tribunal Constitucional el conflicto negativo mediante escrito en el que habrán de indicarse los preceptos constitucionales, estatutarios o legales que a su juicio obligan a la Comunidad Autónoma a ejercer sus atribuciones.

2. El Tribunal dará traslado del escrito al órgano ejecutivo superior de la Comunidad Autónoma, al que fijará un plazo de un mes para presentar las alegaciones que entienda oportunas.

3. Dentro del mes siguiente a la conclusión de tal plazo o, en su caso, del que sucesivamente hubiere fijado al Estado o a la Comunidad Autónoma para responder a las peticiones de aclaración, ampliación o precisiones que les hubiere dirigido, el Tribunal dictará sentencia, que contendrá alguno de los siguientes pronunciamientos:

a) La declaración de que el requerimiento es procedente, que conllevará el establecimiento de un plazo dentro del cual la Comunidad Autónoma deberá ejercitar la atribución requerida.

b) La declaración de que el requerimiento es improcedente.

pretensão deduzida por uma pessoa física ou jurídica, por entendê-la pertencente a uma Comunidade Autônoma, ou quando uma Comunidade Autônoma se omite por entender que a competência para agir é titularizada pelo Estado ou por outra Comunidade Autônoma. No caso em que um órgão da administração do Estado declinar de sua competência para resolver qualquer pretensão, por entendê-la correspondente a uma Comunidade Autônoma, o interessado poderá reproduzir sua pretensão perante o órgão executivo da Comunidade Autônoma que a resolução declare competente. Do mesmo modo, ocorrerá na situação em que a solicitação foi perante uma Comunidade Autônoma e esta se omitiu por entender competente o Estado ou outra Comunidade Autônoma.

A administração solicitada em segundo lugar deverá admitir ou declinar de sua competência, no prazo de 01 (um) mês contado a partir do recebimento do requerimento. Se admitir sua competência, tramitará a solicitação apresentada pelo interessado. Se inadmiti-la, deverá notificar o requerente, com indicação precisa dos preceitos nos quais fundamenta a sua decisão.

Após esse prazo, caso a administração decline de sua competência ou não se manifeste sobre a solicitação formulada, o interessado poderá recorrer por escrito, perante o Tribunal Constitucional, devendo demonstrar documentalmente o esgotamento da via administrativa.

O Tribunal Constitucional remeterá cópia da solicitação a todas as administrações que entender interessadas e envolvidas no caso em questão, dando-lhes um prazo comum de 01 (um) mês para apresentarem as alegações que considerarem pertinentes, findo o qual o Tribunal declarará a qual administração pertence a competência para solucionar o conflito inicialmente proposto.

O conflito negativo pode ser também criado quando o Governo, tendo requerido ao órgão executivo de uma Comunidade Autônoma para que exercite atribuições próprias da competência conferida pelos Estatutos ou Lei Orgânica, tenha seu pedido desatendido por declarar-se incompetente o órgão requerido.

Entender-se-á implícita a declaração de incompetência pela simples inatividade do órgão requerido dentro do prazo assinalado pelo Governo para o exercício das atribuições, que não poderá ser superior a 01 (um) mês.

Neste caso, a sentença proferida pelo Tribunal terá os seguintes pronunciamentos: a declaração de que o requerimento é procedente, determinando um prazo para que a

Comunidade Autônoma requerida exercite a atribuição requerida ou a declaração de que o requerimento é improcedente.

Em relação aos conflitos entre órgãos constitucionais do Estado – artigo 73 a 75, Lei Nº 02/79²⁸ –, no caso em que algum órgão constitucional entenda que outro órgão adotou decisões assumindo atribuições que a Constituição ou as Leis Orgânicas conferem ao primeiro, este informará ao segundo órgão, até o mês seguinte a contar da data em que chegou ao seu conhecimento a decisão questionável, que as suas atribuições estão sendo exercidas indevidamente, solicitando, assim, a sua imediata revogação.

Se o órgão ao qual se dirige a notificação afirmar que atua no exercício constitucional e legal de suas atribuições ou se dentro do prazo de 01 (um) mês, contado a partir do recebimento da notificação, não se retificar no sentido do pedido formulado, aquele que entender existir execução indevida de atribuições submeterá o conflito perante o Tribunal Constitucional apresentando, para tanto, as alegações que estimar oportunas na defesa dos preceitos normativos que considerar vulnerados.

Recebidas as alegações por escrito, o Tribunal, nos 10 (dez) dias seguintes, as encaminhará ao órgão requerido e fixar-lhe-á um prazo de 01 (um) mês para que apresente suas alegações. Todos os órgãos legitimados para apresentar ao Tribunal este tipo de conflito,

²⁸ Art. 73, Lei 02/1979.

1. En el caso en que alguno de los órganos constitucionales a los que se refiere el artículo 59.3 de esta Ley, por acuerdo de sus respectivos Plenos, estime que otro de dichos órganos adopta decisiones asumiendo atribuciones que la Constitución o las Leyes orgánicas confieren al primero, éste se lo hará saber así dentro del mes siguiente a la fecha en que llegue a su conocimiento la decisión de la que se infiera la indebida asunción de atribuciones y solicitará de él que la revoque.

2. Si el órgano al que se dirige la notificación afirmara que actúa en el ejercicio constitucional y legal de sus atribuciones o, dentro del plazo de un mes a partir de la recepción de aquella no rectificase en el sentido que le hubiera sido solicitado, el órgano que estime indebidamente asumidas sus atribuciones planteará el conflicto ante el Tribunal Constitucional dentro del mes siguiente. A tal efecto, presentará un escrito en el que se especificarán los preceptos que considera vulnerados y formulará las alegaciones que estime oportunas. A este escrito acompañará una certificación de los antecedentes que reputa necesarios y de la comunicación cursada en cumplimiento de lo prevenido en el apartado anterior de este artículo.

Art. 74

Recibido el escrito, el Tribunal, dentro de los diez días siguientes, dará traslado del mismo al órgano requerido y le fijará el plazo de un mes para formular las alegaciones que estime procedentes. Idénticos traslados y emplazamientos se harán a todos los demás órganos legitimados para plantear este género de conflictos, los cuales podrán comparecer en el procedimiento, en apoyo del demandante o del demandado, si entendieren que la solución del conflicto planteado afecta de algún modo a sus propias atribuciones.

Art. 75

1. El Tribunal podrá solicitar de las partes cuantas informaciones, aclaraciones o precisiones juzgue necesarias para su decisión y resolverá dentro del mes siguiente a la expiración del plazo de alegaciones a que se refiere el artículo anterior o del que, en su caso, se fijare para las informaciones, aclaraciones o precisiones complementarias, que no será superior a otros treinta días.

2. La sentencia del Tribunal determinará a que órgano corresponden las atribuciones constitucionales controvertidas y declarará nulos los actos ejecutados por invasión de atribuciones y resolverá, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas al amparo de los mismos.

terão o mesmo prazo comum para se manifestar, comparecendo no procedimento, apoiando o demandante ou demandado, caso entendam que a solução do conflito poderá atingir, de algum modo, as suas próprias atribuições.

A sentença do Tribunal determinará a que órgão correspondem as atribuições constitucionais controvertidas e declarará nulos os atos executados por invasão de atribuições, resolvendo, inclusive, no que couber, as situações jurídicas produzidas sob o amparo dos mesmos.

Os conflitos em defesa da autonomia local²⁹ podem ser submetidos ao Tribunal Constitucional: pelo município ou pela província que seja destinatário da lei; por um número

²⁹ Art. 75. 2º.

1. Podrán dar lugar al planteamiento de los conflictos en defensa de la autonomía local las normas del Estado con rango de ley o las disposiciones con rango de ley de las Comunidades Autónomas que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada.

2. La decisión del Tribunal Constitucional vinculará a todos los poderes públicos y tendrá plenos efectos frente a todos.

Art. 75. 3º.

1. Están legitimados para plantear estos conflictos:

a) El municipio o provincia que sea destinatario único de la ley.

b) Un número de municipios que supongan al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo un sexto de la población oficial del ámbito territorial correspondiente.

c) Un número de provincias que supongan al menos la mitad de las existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo la mitad de la población oficial.

2. Para iniciar la tramitación de los conflictos en defensa de la autonomía local será necesario el acuerdo del órgano plenario de las Corporaciones locales con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las mismas.

3. Una vez cumplido el requisito establecido en el apartado anterior, y de manera previa a la formalización del conflicto, deberá solicitarse dictamen, con carácter preceptivo pero no vinculante, del Consejo de Estado u órgano consultivo de la correspondiente Comunidad Autónoma, según que el ámbito territorial al que pertenezcan las Corporaciones locales corresponda a varias o a una Comunidad Autónoma. En las Comunidades Autónomas que no dispongan de órgano consultivo, el dictamen corresponderá al Consejo de Estado.

4. Las asociaciones de entidades locales podrán asistir a los entes locales legitimados a fin de facilitarles el cumplimiento de los requisitos establecidos en el procedimiento de tramitación del presente conflicto.

Art. 75. 4º. 1. La solicitud de los dictámenes a que se refiere el artículo anterior deberá formalizarse dentro de los tres meses siguientes al día de la publicación de la ley que se entienda lesiona la autonomía local.

2. Dentro del mes siguiente a la recepción del dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la correspondiente Comunidad Autónoma, los municipios o provincias legitimados podrán plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional, acreditando el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo anterior y alegándose los fundamentos jurídicos en que se apoya.

Art. 75.5º. 1. Planteado el conflicto, el Tribunal podrá acordar, mediante auto motivado, la inadmisión del mismo por falta de legitimación u otros requisitos exigibles y no subsanables o cuando estuviere notoriamente infundada la controversia suscitada.

2. Admitido a trámite el conflicto, en el término de diez días, el Tribunal dará traslado del mismo a los órganos legislativo y ejecutivo de la Comunidad Autónoma de quien hubiese emanado la ley, y en todo caso a los órganos legislativo y ejecutivo del Estado. La personación y la formulación de alegaciones deberán realizarse en el plazo de veinte días.

3. El planteamiento del conflicto será notificado a los interesados y publicado en el correspondiente Diario Oficial por el propio Tribunal.

4. El Tribunal podrá solicitar de las partes cuantas informaciones, aclaraciones o precisiones juzgue necesarias para su decisión y resolverá dentro de los quince días siguientes al término del plazo de

de municípios que corresponda ao menos a um sétimo dos existentes no âmbito territorial de aplicação da disposição com força de lei e desde que representem, no mínimo, um sexto da população oficial do âmbito territorial correspondente; por um número de províncias que corresponda, ao menos, à metade das existentes no âmbito territorial de aplicação da disposição com força de lei e representem, no mínimo, a metade da população oficial.

Poderão fundamentar tal conflito em defesa da autonomia local, as normas do Estado com força de lei ou as disposições com força de lei das Comunidades Autônomas que lesionem a autonomia local constitucionalmente garantida.

Proposto o conflito, o Tribunal poderá se posicionar, mediante auto motivado, pela sua inadmissão por falta de legitimação ou outros requisitos exigíveis, ou quando estiver notoriamente infundada a controvérsia suscitada.

Admitido o conflito, no prazo de 10 (dez) dias, o Tribunal encaminhará a questão aos órgãos legislativo e executivo da Comunidade Autônoma da qual emanou a lei e, inclusive, aos órgãos legislativo e executivo do Estado, os quais poderão apresentar suas alegações no prazo de 20 (vinte) dias.

O Tribunal poderá solicitar às partes quantas informações ou esclarecimentos julgar necessárias para que, então, profira sua decisão dentro dos 15 (quinze) dias seguintes subsequentes.

A sentença, que vinculará a todos os poderes públicos e terá eficácia *erga omnes*, declarará se existe ou não vulneração à autonomia local constitucionalmente garantida determinando, ainda, a titularidade ou atribuição da competência controvertida e resolverá, no que couber, as situações de fato ou de direito criadas em decorrência da lesão à autonomia local. (artigo 75, Lei 02/79)

O artigo 161.2, da Constituição Espanhola, c/c com o artigo 76, da Lei Nº 02/79³⁰, preveem que o Governo poderá impugnar perante o Tribunal Constitucional, nos 02 (dois)

alegaciones o del que, en su caso, se fijare para las informaciones, aclaraciones o precisiones complementarias antes aludidas.

5. La sentencia declarará si existe o no vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada, determinando, según proceda, la titularidad o atribución de la competencia controvertida, y resolverá, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones de hecho o de derecho creadas en lesión de la autonomía local.

6. La declaración, en su caso, de inconstitucionalidad de la ley que haya dada lugar al conflicto requerirá nueva sentencia si el Pleno decide plantearse la cuestión tras la resolución del conflicto declarando que ha habido vulneración de la autonomía local. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes y tendrá los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes.

³⁰ Art. 76, Lei 02/79: Dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su publicación o, en defecto de la misma, desde que llegue a su conocimiento, el Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las

meses seguintes a data das suas publicações ou quando delas tomar conhecimento, as disposições normativas sem força de lei e as resoluções adotadas pelos órgãos das Comunidades Autônomas, produzindo tal impugnação a suspensão da disposição ou resolução, devendo o Tribunal ratificá-la ou suspender-lhe a eficácia num prazo não superior a 05 (cinco) meses.

Enfim, em relação à verificação das nomeações para o exercício da função de juiz constitucional, cabe ao Tribunal Constitucional, através do seu Presidente, declarar vago o cargo daquele magistrado que tiver renunciado ao cargo (desde que a renúncia tenha sido aceita pelo Presidente), em razão de falecimento ou expiração do prazo da sua nomeação. Ao Pleno do Tribunal, caberá decidir pela vacância do cargo por maioria simples, quando o magistrado incorrer em alguma das causas de incapacidade previstas para os membros do Poder Judiciário ou por incompatibilidade sobrevinda; e, por maioria qualificada de três quartos, deverá o Pleno aprovar a vacância quando: o juiz deixar de atender com diligência os deveres de seu cargo; violar a reserva própria de sua função ou por haver sido declarado responsável civilmente por dolo, ou talvez condenado por delito doloso ou culpa grave. (artigo 23, Lei 02/79³¹)

Os magistrados do Tribunal Constitucional poderão ser suspensos, como medida preventiva, no caso de processamento, ou pelo tempo necessário para resolver alguma das situações acima mencionadas que tenham se verificado. Tal suspensão requer o voto favorável de três quartos dos membros do Pleno do Tribunal. (artigo 24, Lei nº 02/79³²).

disposiciones normativas sin fuerza de Ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Comunidades Autónomas.

³¹ Art. 23, Lei 02/79: 1. Los Magistrados del Tribunal Constitucional cesan por alguna de las causas siguientes: Primero, por renuncia aceptada por el Presidente del Tribunal; segundo, por expiración del plazo de su nombramiento; tercero, por incurrir en alguna causa de incapacidad de las previstas para los miembros del Poder Judicial; cuarto, por incompatibilidad sobrevinida; quinto, por dejar de atender con diligencia los deberes de su cargo; sexto, por violar la reserva propia de su función; séptimo, por haber sido declarado responsable civilmente por dolo o talvez condenado por delito doloso o por culpa grave.

2. El cese o la vacante en el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional, en los casos primero y segundo, así como en el de fallecimiento, se decretará por el Presidente. En los restantes supuestos decidirá el Tribunal en Pleno, por mayoría simple en los casos tercero y cuarto y por mayoría de las tres cuartas partes de sus miembros en los demás casos.

³² Art. 24, Lei 02/1979: Los Magistrados del Tribunal Constitucional podrán ser suspendidos por el Tribunal, como medida previa, en caso de procesamiento o por el tiempo indispensable para resolver sobre la concurrencia de alguna de las causas de cese establecidas en el artículo anterior. La suspensión requiere el voto favorable de las tres cuartas partes de los miembros del Tribunal reunido en Pleno.

3.3 Tipos de Decisões Constitucionais e seus Efeitos

O artigo 86.1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional³³ prevê que a decisão do processo constitucional se produzirá em forma de providências, autos, declarações e sentenças.

As providências podem ser ou não motivadas, sendo atos relacionados à ordenação dos trabalhos a serem realizados pelo Tribunal Constitucional, mais especificamente, atos de impulso processual, suscetíveis de recurso sem efeito suspensivo.

Os autos são decisões sempre motivadas, adotados quando versarem sobre recursos contra providências, questões incidentais, pressupostos processuais e nulidade de procedimento – artigo 245.1 da Lei Orgânica do Poder Judiciário³³ –, que afetam a desistência, a renúncia, a caducidade ou a admissibilidade dos recursos interpostos perante o órgão de justiça constitucional – artigo 86.1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional.

Contra as providências e os autos ditados pelo Tribunal Constitucional, poderá ser interposto o recurso de súplica, ao qual não será atribuído o efeito suspensivo, de acordo com o artigo 93.2, LOTC³⁴.

Admite-se, porém, o caráter irrecorrível dos autos e providências, caso entenda-se que, para que o instrumento processual tenha a natureza jurídica de recurso, torna-se necessária a sua análise por um órgão distinto, em uma instância superior àquela que ditou a decisão questionada; isto porque, o recurso de súplica, diversamente do que ocorre com os recursos de um modo geral, será analisado perante o mesmo órgão que proferiu a decisão impugnada. (MIRALLES, 2000, p. 327–328).

³³ Art. 86.1, Lei 02/79: La decisión del proceso constitucional se producirá en forma de sentencia. Sin embargo, las decisiones de inadmisión inicial, desistimiento y caducidad adoptarán la forma de auto salvo que la presente Ley disponga expresamente otra forma. Las otras resoluciones adoptarán la forma de auto si son motivadas o de providencia si no lo son, según la índole de su contenido.

³³ Artigo 245.1, Lei Orgânica 06/1985, de 1º. de julho, do Poder Judiciário: Las resoluciones de los jueces y tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominarán:

- Providencias, cuando tengan por objeto la ordenación material del proceso.
- Autos, cuando decidan recursos contra providencias, cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidad del procedimiento o cuando, a tenor de las Leyes de Enjuiciamiento, deban revestir esta forma.
- Sentencias, cuando decidan definitivamente el pleito o causa en cualquier instancia o recurso, o cuando, según las Leyes procesales, deban revestir esta forma.

³⁴ Art. 93, Lei 02/79: 1. Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno, pero en el plazo de dos días a contar desde su notificación las partes podrán solicitar la aclaración de las mismas. 2. Contra las providencias y los autos que dicte el Tribunal Constitucional sólo procederá, en su caso, el recurso de súplica, que no tendrá efecto suspensivo. El recurso podrá interponerse en el plazo de tres días y se resolverá, previa audiencia común de las partes por igual tiempo, en los dos siguientes.

A decisão proferida pelo Tribunal Constitucional, no exercício de suas atividades de caráter jurisdicional relacionadas ao controle prévio de constitucionalidade de um tratado internacional, é denominada declaração, de acordo com o artigo 78, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional³⁵.

Essas declarações emanadas do Pleno do Tribunal Constitucional têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, devendo ser devidamente publicadas no Boletim Oficial do Estado.

A única declaração prolatada pelo Tribunal Constitucional a que faz referência a doutrina pesquisada foi a de 1º de julho de 1992, na ocasião da autorização para ratificar o Tratado de Maastricht, quando se verificou a necessidade de reforma da Constituição, a fim de conceder o exercício da capacidade eleitoral passiva local aos cidadãos comunitários residentes no território espanhol provocando, assim, a alteração do artigo 13.2 da Constituição, que passou a ser redigido, a partir de 27 de agosto de 1992, nos seguintes termos:

Artigo 13.2, CE: Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. (grifo nosso)

À época definiu o Tribunal que

ainda que a forma desta declaração não possa merecer a qualificação legal de sentença, é uma decisão jurisdicional com caráter vinculante e, enquanto tal, produz *erga omnes* todos os efeitos de coisa julgada, tanto os negativos ou excludentes, que impediriam encaminhar a este Tribunal o objeto desta decisão através dos procedimentos de declaração de inconstitucionalidade, quanto os positivos ou prejudiciais que hão de obrigar a todos os poderes públicos a respeitar e ajustar-se a nossa declaração. (SÁNCHEZ, 2000, p. 111)

³⁵ Art. 78, Lei 02/79:

1. El Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un Tratado Internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado.
2. Recibido el requerimiento, el Tribunal Constitucional emplazará al solicitante y a los restantes órganos legitimados, según lo previsto en el apartado anterior, a fin de que, en el término de un mes, expresen su opinión fundada sobre la cuestión. Dentro del mes siguiente al transcurso de este plazo y salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, el Tribunal Constitucional emitirá su declaración, que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 95 de la Constitución, tendrá carácter vinculante.
3. En cualquier momento podrá el Tribunal Constitucional solicitar de los órganos mencionados en el apartado anterior o de otras personas físicas o jurídicas u otros órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas, cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estimen necesarias, alargando el plazo de un mes antes citado en el mismo tiempo que hubiese concedido para responder a sus consultas, que no podrá exceder de treinta días.

E, por fim, as sentenças, que representam as decisões mais importantes dentre aquelas ditadas pelo Tribunal Constitucional, pois esboçam a linha jurisprudencial interpretativa adotada por esse órgão de justiça constitucional, principalmente, no que concerne as competências do Estado e a proteção e a garantia dos direitos fundamentais e liberdades públicas instituídos pela Carta Fundamental, nos processos constitucionais que tramitarem perante esta instância.

Em consonância ao artigo 90 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional³⁶, as decisões jurisdicionais do Tribunal atendem ao princípio da maioria, devendo os casos de empate serem dirimidos pelo voto de qualidade do Presidente do órgão de deliberação respectivo, isto é, pleno, sala ou seção. O Presidente e os membros do Tribunal podem, também, manifestar em voto particular a sua opinião discrepante naquilo que se refere à decisão ou à fundamentação, desde que esta tenha sido defendida durante a deliberação do caso. Estes votos particulares integrarão as resoluções e quando manifestados em sentenças, autos ou declarações, serão publicados junto com estas no Boletim Oficial do Estado.

3.3.1 Decisões Terminativas

As decisões proferidas pela Corte que extinguem o processo, mas não analisam o mérito da questão acerca da constitucionalidade de uma norma se apresentam sob a forma de auto, devendo ser, portanto, sempre motivadas³⁷. (ALVEZ CONDE, 1997, p. 302–303).

O artigo 86 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional³⁸ determina que as decisões do processo constitucional serão produzidas sob a forma de sentença, sendo que as decisões

³⁶ Art. 90, Lei 02/79:

1. Salvo en los casos para los que esta Ley establece otros requisitos, las decisiones se adoptarán por la mayoría de los miembros del Pleno, Sala o Sección que participen en la deliberación. En caso de empate, decidirá el voto del Presidente.

2. El Presidente y los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación. Los votos particulares se incorporarán a la resolución y cuando se trate de sentencias, autos o declaraciones se publicarán con éstas en el "Boletín Oficial del Estado".

³⁷ A Lei Orgânica Nº 06, de 09 de junho de 1988, alterando as normas contidas nos artigos 50 e 86.1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, na tentativa de agilizar o trâmite processual perante a justiça constitucional, tornou possível a declaração de inadmissibilidade do recurso de amparo por providência, desde que proferida unanimemente por uma seção do Tribunal, e presentes, dentre outros, os seguintes pressupostos: que o recurso esteja relacionado aos direitos e liberdades insuscetíveis de amparo constitucional; que a demanda não requeira uma apreciação do mérito pelo Tribunal; que o Tribunal, em um recurso anterior substancialmente igual, tenha se manifestado pela improcedência do seu mérito.

Contra esta providência, apenas poderá recorrer, por intermédio da interposição do recurso de súplica, o Ministério Público, resolvendo-se a questão mediante auto, sem cabimento de recurso posterior. Inexistindo unanimidade entre os membros da Seção, dever-se-á inadmitir mediante auto, o recurso de amparo contra o qual não cabe recurso. ALVEZ CONDE, 1997, p. 302-303.

³⁸ Art. 86, LOTC: 1. La decisión del proceso constitucional se producirá en forma de sentencia. Sin embargo, las decisiones de inadmisión inicial, desistimiento y caducidad adoptarán la forma de auto salvo que la presente

de inadmissão inicial, desistência ou caducidade adotarão a forma de auto, salvo se houver disposição legal em contrário. As outras manifestações da Corte Constitucional se apresentarão sob a forma de auto, acaso motivadas, ou providência caso não o sejam, de acordo com o conteúdo a que se referem e já mencionado anteriormente.

No que tange ao recurso de inconstitucionalidade, pela sua própria natureza e função, inexistente compatibilidade com este instrumento processual constitucional e sua possível extinção pela renúncia, desistência ou caducidade.

Isto porque se trata de um processo objetivo, no qual o interesse público de ter resguardada a garantia da unidade jurídica prepondera sobre qualquer interesse particular, pelo que assume o processo um impulso de ofício pelo próprio Tribunal, o que impede a caducidade decorrente da inação das partes, a desistência por falta de interesse superveniente³⁹ ou, então, a caracterização da figura da renúncia ao exercício do direito de ação, posto que esta, no caso em questão, é ajuizada sempre por razões de oportunidade e não em função da existência de um prévio direito subjetivo.

No que tange a possibilidade de não ser proferida uma sentença de mérito em uma questão de inconstitucionalidade, Lopez Ulla (LOPEZ ULLA, 2000, p. 313–315) elenca algumas das principais causas que podem ser objeto de um auto de inadmissão:

- quando não tiver por objeto uma norma com força de lei;
- quando a questão de inconstitucionalidade não tiver surgido durante o trâmite de um processo jurisdicional;
- quando a norma que motivou a provocação da atuação do Tribunal Constitucional não for aplicável ao caso concreto que embasa o processo jurisdicional ordinário;

Ley disponga expresamente otra forma. Las otras resoluciones adoptarán la forma de auto si son motivadas o de providencia si no lo son, según la índole de su contenido.

2. Las sentencias y las declaraciones a que se refiere el título VI se publicarán en el "Boletín Oficial del Estado" dentro de los 30 días siguientes a la fecha del fallo. También podrá el Tribunal ordenar la publicación de sus autos en la misma forma cuando así lo estime conveniente.

3. Sin perjuicio en lo dispuesto en el apartado anterior, el Tribunal podrá disponer que las sentencias y demás resoluciones dictadas sean objeto de publicación a través de otros medios, y adoptará, en su caso, las medidas que estime pertinentes para la protección de los derechos reconocidos en el artículo 18.4 de la Constitución.

³⁹ Excepcionalmente, o Tribunal Constitucional admite a desistência como forma de extinção do processo, quando o recurso de inconstitucionalidade verse sobre um conteúdo conflituoso, no qual o Estado ou as Comunidades Autônomas alcançam uma satisfação das suas pretensões extraprocessualmente. Não está, porém, o Tribunal vinculado a decisão do recorrente de não mais dar prosseguimento a ação constitucional, devendo mesmo solicitar informações aos órgãos competentes envolvidos no processo para que manifestem sua oposição ou consentimento em relação à referida desistência. DOMÍNGUEZ, 2000, p. 40-41.

- quando o Tribunal Constitucional considerar que a questão de inconstitucionalidade é irrelevante;
- quando entender o Tribunal Constitucional que a norma questionada não foi citada na providência ou auto de audiência;
- quando tiver sido declarada inconstitucional a disposição questionada;
- quando o preceito questionado tiver sido derogado;
- quando o auto que suscitou a atuação do Tribunal Constitucional não fez menção ao preceito constitucional que se estime violado ou a norma que alegue contrária à Constituição;
- quando o processo *a quo* tiver sido extinto;
- quando o órgão judicial que submeteu a questão de inconstitucionalidade à apreciação da Corte Constitucional não for competente para conhecer da causa principal;
- quando a questão de inconstitucionalidade for infundada;
- quando o preceito questionado tiver sido modificado.

3.3.2 Decisões Definitivas

O artigo 245.1, *c*), da Lei Orgânica do Poder Judiciário – Lei Nº 06, de 1º de julho de 1985 –, dispõe que as decisões dos juízes e tribunais que tenham caráter jurisdicional se denominarão sentenças, quando decidirem definitivamente o pleito ou causa em qualquer instância ou recurso ou quando, segundo as leis processuais pátrias, devam revestir-se desta forma.

Vimos anteriormente que o Tribunal Constitucional é o órgão competente para processar e julgar em instância única os processos constitucionais, isto é, aqueles relacionados à garantia da unidade do ordenamento jurídico, através da verificação de compatibilidade dos preceitos normativos infraconstitucionais aos dispositivos da Carta Constitucional.

Assim, a decisão do Tribunal Constitucional que põe fim a discussão acerca da legitimidade constitucional de uma norma, extinguindo o processo com análise de mérito, ou simplesmente extinguindo o processo analisando os aspectos formais que o envolveram,

adquire a forma de sentença, ato processual da justiça constitucional que deve revestir-se sempre de motivação, em consonância ao artigo 120.3 da Constituição Espanhola⁴⁰.

A única das decisões definitivas proferidas nos processos constitucionais que se distingue das sentenças ditadas pelo Tribunal Constitucional, como órgão de justiça constitucional, é a que declara, com caráter prévio, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um tratado internacional, (MORALES, 1999, p. 302), já mencionada anteriormente.

A declaração de inconstitucionalidade no sistema espanhol de justiça constitucional poderá ser promovida mediante o recurso de inconstitucionalidade ou mediante a questão de inconstitucionalidade submetida perante a Corte Constitucional por juízes ou Tribunais, tendo as sentenças proferidas nesses processos de constitucionalidade, de acordo com a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional no seu artigo 38⁴¹, o valor de coisa julgada, vinculando a todos os poderes públicos e produzindo efeitos gerais – *erga omnes* –, desde a data da sua publicação, no Boletim Oficial do Estado.

Contra as sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional não cabe qualquer recurso – sendo esta a única e a última instância da justiça constitucional –, podendo as partes solicitar esclarecimentos sobre a decisão prolatada, por considerarem obscuros ou omissos alguns de seus conceitos, assim como para retificar erros manifestos presentes na decisão constitucional, no prazo de 02 (dois) dias contados a partir da sua notificação. (artigo 93.1 Lei Orgânica 02/79⁴¹)

As decisões que declararem a inconstitucionalidade de uma lei ou de uma norma com força de lei tem plenos efeitos contra todos – efeitos *erga omnes*. Neste caso, salvo se a decisão dispuser em contrário, subsistirá a vigência da lei na parte não afetada pela inconstitucionalidade.

⁴⁰ Art. 120.3, CE: Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.

⁴¹ Art. 38, LOTC – Lei 02/79.

1. Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (versión 2010) 22* públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

2. Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional.

3. Si se tratare de sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso. Dicho órgano notificará la sentencia constitucional a las partes. El Juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas.

⁴¹ Art. 93.1, LOTC - Lei 02/79: Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe recurso alguno, pero en el plazo de dos días a contar desde su notificación las partes podrán solicitar la aclaración de las mismas.

A *contrario sensu*, poderíamos admitir ao interpretar tal dispositivo, que quando não declarada a inconstitucionalidade normativa, a produção dos efeitos não operaria *erga omnes*.

De acordo com a previsão da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional no seu dispositivo 90.1⁴², as decisões serão adotadas pela maioria dos membros do pleno, sala ou seção, de acordo com o que se está deliberando, sendo atribuído ao Presidente o voto de qualidade, no caso de empate. Salvo disposição em contrário na sentença, subsistirá a vigência da norma impugnada na parte não afetada pela ilegitimidade constitucional.

De acordo com ALVEZ CONDE (ALVEZ CONDE, 1997, p. 304), o Presidente, assim como os demais magistrados do Tribunal Constitucional, poderá proferir voto divergente durante a deliberação, no que tange a parte dispositiva – votos discrepantes – ou fundamentação – votos concorrentes –, devendo os votos particulares integrar a decisão – sentenças, autos ou declarações – e junto com estas serem publicados no Boletim Oficial do Estado. (artigo 90.2 LOTC⁴³)

Importante frisar que a possibilidade de publicação dos votos divergentes proferidos pelos Magistrados ou Presidente do Tribunal Constitucional serve para, dentre outros motivos, demonstrar a independência no exercício das suas atribuições, bem como, para enfatizar a importância de tal deliberação para a manifestação da cultura pública democrática que deve subsidiar os processos que tramitam perante a justiça constitucional, como já exposto.

De acordo com a natureza da decisão, as sentenças proferidas nos processos constitucionais de recurso ou questão de inconstitucionalidade podem ser pela procedência da pretensão acerca da inconstitucionalidade normativa – *estimatoria* – ou pela improcedência da inconstitucionalidade suscitada – *desestimatoria*.

Além da possibilidade do Tribunal Constitucional se posicionar pela improcedência ou não da inconstitucionalidade de um texto normativo, retirando-o, como consequência, do ordenamento jurídico através da declaração da sua nulidade, poderá este órgão de justiça constitucional, evitar lacunas no sistema de normas – sobre esse aspecto consultar capítulo 2 – e se manifestar sobre uma eventual incompatibilidade ao texto fundamental constitucional de apenas uma norma que integra o dispositivo impugnado.

⁴² Art. 90.1, LOTC – Lei 02/79: Salvo en los casos para los que esta Ley establece otros requisitos, las decisiones se adoptarán por la mayoría de los miembros del Pleno, Sala o Sección que participen en la deliberación. En caso de empate, decidirá el voto del Presidente.

⁴³ Art. 90.2, LOTC – Lei 02/79: El Presidente y los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación. Los votos particulares se incorporarán a la resolución y cuando se trate de sentencias, autos o declaraciones se publicarán con éstas en el "Boletín Oficial del Estado".

A) Improcedência da Inconstitucionalidade da Norma

O capítulo IV, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, que versa sobre as sentenças proferidas nos procedimentos de inconstitucionalidade, traz no seu artigo 38.2⁴⁴ que as sentenças *desestimatorias*, proferidas pela improcedência da ilegitimidade constitucional normativa, quando ditadas nos recursos de inconstitucionalidade, impedirão que seja posteriormente suscitada, perante a mesma via, a alegação fundada na mesma infração de idêntico preceito constitucional.

Isto é, podemos extrair da interpretação da LOTC, que o impedimento legal, quanto aos efeitos da coisa julgada material, se respalda nos seguintes alicerces:

→ primeiro, que a improcedência da ilegitimidade constitucional não mais poderá ser suscitada por intermédio do recurso de inconstitucionalidade, se a alegação residir na mesma infração ao preceito constitucional anteriormente suscitada perante o Tribunal Constitucional. Porém, a mesma alegação de violação a um dispositivo constitucional poderá ser objeto de uma questão de inconstitucionalidade;

→ assim como a mesma lei poderá ser novamente questionada em sede de recurso de inconstitucionalidade desde que distinto seja o preceito normativo infraconstitucional alegado de violar a Constituição;

→ ou, então, questiona-se em sede de recurso de inconstitucionalidade o mesmo dispositivo legal tendo, porém, como parâmetro de fundamentação a violação a outro dispositivo constitucional.

Estas observações iniciais nos levam a afirmar que o fato de o Tribunal Constitucional “desestimar” a alegação de inconstitucionalidade normativa em sede de recurso de inconstitucionalidade, não significa, de modo algum, que esta norma não mais poderá ser objeto de apreciação por parte do Tribunal Constitucional, que poderá sim, analisá-lo, desde que seja objeto de outro tipo de processo constitucional – questão de inconstitucionalidade – ou, então, desde que o parâmetro de validade constitucional ou a norma questionada sejam diversos.

⁴⁴ Art. 38.2 LOTC – Lei 02/79: Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional.

Ocorre, porém, que essa mesma Lei Orgânica, na norma contida no artigo 29.2⁴⁵, determina que a declaração de improcedência da inconstitucionalidade, por razões de forma, em sede de recurso de inconstitucionalidade, interposto contra uma lei, disposição ou ato com força de lei não será obstáculo para que a mesma norma seja objeto de uma questão de inconstitucionalidade, na ocasião em que seja aplicada em outro processo.

Fazendo a interpretação integrativa dessas duas normas podemos extrair algumas importantes considerações:

a) a norma do artigo 38.2 preceitua que uma questão já discutida em sede de recurso de inconstitucionalidade, está impedida de ser discutida novamente, nessa mesma via, tendo como parâmetro a mesma violação ao mesmo preceito constitucional. Porém, não impede que a mesma questão seja submetida à Corte, em sede de recurso de inconstitucionalidade tendo como parâmetro outro preceito constitucional; ou, ainda, que a mesma questão sob o fundamento da mesma violação ao preceito constitucional já anteriormente analisado pela Corte Constitucional em sede de recurso de inconstitucionalidade seja objeto de uma questão de inconstitucionalidade;

b) se assim é, a declaração de improcedência de inconstitucionalidade, em recurso de inconstitucionalidade, não poderá deixar de ser obstáculo para que a mesma norma seja objeto de uma questão de inconstitucionalidade, na ocasião em que seja aplicada em outro processo, apenas quando proferida por razões de forma, mas também quando proferida por razões de mérito.

Esse é, aliás, o entendimento da melhor doutrina espanhola mencionada por Reyes (1999, p. 208) e por ele defendida nos seguintes termos:

Sin embargo, el artículo 29.2 de la Ley Orgánica del Tribunal parece limitar esa compatibilidad a los casos en que la desestimación del recurso se produce por razones de forma. Como ello es absurdo (por incoherente con el significado de la jurisdicción constitucional e incluso con el significado del control concreto frente al control abstracto)...., desde un principio sostuvimos la necesidad de interpretar el artículo 29.2 de manera totalmente abierta a la compatibilidad, ya se desestimase el recurso por razones de forma o por razones de fondo.

⁴⁵ Art. 29.2 LOTC – Lei 02/79: La desestimación, por razones de forma, de un recurso de inconstitucionalidad contra una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley no será obstáculo para que la misma Ley, disposición o acto puedan ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad con ocasión de su aplicación en otro proceso.

Quanto à questão de inconstitucionalidade, o artigo 38.3⁴⁶ daquela mesma norma de organização do Tribunal Constitucional Espanhol preceitua que as sentenças pela improcedência da inconstitucionalidade normativa deverão ser comunicadas imediatamente ao órgão judicial competente para proferir a decisão no processo principal, o qual deverá notificar as partes da sentença constitucional. O juiz ou Tribunal da jurisdição ordinária manter-se-ão vinculados à decisão constitucional, assim que dela tiverem conhecimento, e as partes, desde o momento da sua notificação.

Ocorre, porém, que não é pacífico o entendimento quanto a esta vinculação da justiça ordinária à decisão proferida pela justiça constitucional, a despeito de ser essa a posição predominante.

De fato, Garcia Couso (1998, p. 103) demonstra que uma parte da doutrina admite que, em momento algum, o juiz *a quo* se autovincula a aplicar a norma por ter suscitado a questão de inconstitucionalidade porque ,

el objeto de la cuestión prejudicial constitucional es conocer sobre la validez o no dela norma, y esa vinculación queda patente aún en el caso de no aplicación posterior de la misma. Es decir, el Juez a quo si está vinculado por la sentencia desestimatoria, pero en cuanto a la constitucionalidade de la ley.

Assim, de acordo com esta corrente minoritária, o juiz *a quo*, desde que admitisse que outra norma poderia ser aplicada para solucionar o caso da ação principal, e não mais aquela que foi objeto da questão de inconstitucionalidade que provocou a manifestação do Tribunal Constitucional, não se vincularia a aplicação desta, estando apenas vinculado à sua 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 utilizada para o deslinde do caso, poderia deixar de aplicar a norma objeto de questionamento.

Como mencionado anteriormente, essa corrente é minoritária na doutrina espanhola, principalmente, quando observamos que diante desta situação teríamos violados alguns dos

⁴⁶ Art.38.3 LOTC – Lei 02/79: Si se tratare de sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso. Dicho órgano notificará la sentencia constitucional a las partes. El Juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas.

princípios constitucionais fundamentais para a estrutura do sistema democrático, como o do devido processo legal e o da segurança jurídica. (COUSO, 1998, p. 102–104)

Diante dessas observações, podemos constatar que em sede de Recurso de Inconstitucionalidade, quando a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional é pela improcedência da inconstitucionalidade verificamos que a parte decisória assim como os fundamentos da sentença não tem qualquer efeito vinculante, visto que a mesma lei pode ser objeto dos mesmos questionamentos desde que por outra via – questão de inconstitucionalidade – ou, ainda que pelo mesmo instrumento processual do Recurso de Inconstitucionalidade a idêntica lei pode ser novamente questionada desde que novos sejam os seus fundamentos.

Assim, concluímos, a partir dessas considerações, sob o prisma exclusivo do Recurso de Inconstitucionalidade, desde que fosse esse o único meio de provocação da atuação do Tribunal Constitucional, que as sentenças pela improcedência da inconstitucionalidade da norma vinculam apenas nos seus fundamentos, pois uma lei já questionada perante a Corte Constitucional pode ser novamente desde que novos sejam os fundamentos que legitimem a provocação do órgão de jurisdição constitucional.

Já no que tange à Questão de Inconstitucionalidade, as sentenças constitucionais ditadas pela improcedência da inconstitucionalidade normativa vinculam *inter partes* na sua parte decisória e os seus fundamentos carecem de força vinculante, permitindo-se que a mesma questão seja novamente levantada no processo, em outra instância.⁴⁷

B) Procedência da Inconstitucionalidade da Norma

Apreciada a inconstitucionalidade da norma impugnada, a sentença declarará nulos, também, os preceitos questionados perante a Corte, bem como os preceitos daqueles documentos normativos cuja inconstitucionalidade provém, por conexão ou consequência daquela. (artigo 39.1 LOTC⁴⁸)

⁴⁷ El fallo de las sentencias desestimatorias produce sólo efecto *inter partes* y aun esto sólo limitadamente, como conclusión del litigio en el que se produce, pero sin que ello implique necesariamente la prohibición de replantearlo, y las razones de la decisión carecen, en principio, de toda fuerza vinculante. LLORENTE, 1997, p. 484)

⁴⁸ Art. 39.1 LOTC – Lei 02/79: Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.

É importante frisar que o Tribunal Constitucional poderá fundamentar a sua decisão pela procedência da inconstitucionalidade na infração de qualquer preceito constitucional, tenha sido ou não invocado no curso do processo constitucional. (artigo 39.2 LOTC⁴⁹)

Apesar da declaração de inconstitucionalidade da norma consistir na perda da sua vigência pro futuro, a partir da sua retirada do ordenamento jurídico, o Tribunal Constitucional flexibilizou essa previsão no sentido de, diante de alguns casos, limitar seus efeitos temporalmente, inadmitindo, por vezes, que a declaração de inconstitucionalidade normativa esteja necessariamente vinculada a sua imediata declaração de nulidade, evitando-se, assim, os problemas decorrentes do vazio jurídico, consequência de uma aplicação estrita e irrestrita do artigo 39.1, LOTC. (DOMÍNGUEZ, 2000, p 70)

Faz-se necessário pontuar que a despeito de declarados nulos os preceitos impugnados, as sentenças declaratórias da inconstitucionalidade das leis, disposições ou atos com força de lei não permitirão revisar os processos que, extintos por sentença com força de coisa julgada, aplicaram para o deslinde do litígio a norma declarada posteriormente inconstitucional, a não ser no caso dos processos penais ou contenciosos administrativos, que resultaram na aplicação de uma sanção – pena ou responsabilidade administrativa – que não existiria ou seria mais limitada, caso nula fosse a norma aplicada ao caso, porque declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional. (artigo 40.1 LOTC⁵⁰)

Com base nessa previsão normativa, observa-se que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade normativa dar-se-ão, também, pro praeterito, visto que a sentença produz efeitos ex tunc, ou seja, desde a entrada em vigor da norma objeto de questionamento.

Nesse contexto, o Tribunal Constitucional consciente dos variados problemas que poderiam surgir a partir da retroatividade dos efeitos da declaração de nulidade de uma norma – que, em algumas situações podem mesmo ser até mais nefastos que a não retroatividade desse alcance – flexibilizou essa previsão, para admitir que, diante de alguns casos, limitaria temporalmente os efeitos para serem aplicados a partir da declaração de inconstitucionalidade.

⁴⁹ Art. 39.2 LOTC – Lei 02/79: El Tribunal Constitucional podrá fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso.

⁵⁰ Art. 40.1 LOTC – Lei 02/79: Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

Em relação aos efeitos da decisão pela procedência da inconstitucionalidade da norma no sistema espanhol, a eficácia *erga omnes* opera nas decisões anulatórias, somente, sendo que essa mesma eficácia não se aplica à *ratio decidendi*⁵¹.

Quanto às decisões proferidas nas questões de inconstitucionalidade, o efeito vinculante *inter partes* alcança tanto o *decisum* como a *ratio decidendi*.

3.3.3 Decisões Interpretativas

C) Improcedência da Inconstitucionalidade da Norma

A partir do gênero das sentenças desestimatorias, poderá o Tribunal Constitucional proferir sentenças interpretativas e, ao mesmo tempo, garantir a continuidade da aplicação de um preceito, de acordo com o significado ou interpretação constitucional dele extraído. Assim, se valendo das sentenças interpretativas desestimatorias, o Tribunal Constitucional admite não ser inconstitucional o preceito impugnado desde que interpretado no sentido por ele orientado.

Nesse sentido, vale à pena transcrever Garcia Couso (GARCIA COUSO, 1998, p. 141–142) sobre a adoção das sentenças interpretativas:

Para la mayoría de la doctrina la finalidad de este tipo de pronunciamientos radica, fundamentalmente, en el principio de conservación de la norma jurídica. Es decir, es preferible adoptar un tipo de interpretación que no conlleve la inconstitucionalidad, que declararla inconstitucional, pues las consecuencias de este tipo de declaración son mucho más perjudiciales.

Essa prerrogativa do Tribunal Constitucional em adotar as sentenças interpretativas pela improcedência da inconstitucionalidade da norma foi verificada a partir da STC 05/1981, na qual esse órgão de justiça constitucional definiu tais decisões como

aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido que considera inadecuado; son, efectivamente un medio al que la jurisprudencia constitucional de otros países ha recurrido para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento evitando, al tiempo, que el mantenimiento del precepto impugnado pueda

⁵¹ Si la eficacia *erga omnes* de las sentencias constitucionales es atributo exclusivo de los fallos anulatorios, es claro, em efecto, que carecen de ella las *rationes decidendi*. Estas operan (por exigência de la lógica <<casacional>>, más que por mandato constitucional o legal) frente al legislador, como prohibición de aprobar una ley idéntica a la anulada, pero solo frente a él y sólo cuando la ley ha sido anulada. (LLORENTE, 1997, p. 484).

lesionar el principio básico de la primacía de la Constitución. Es, en manos del Tribunal, un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso, pero la emanación de una sentencia de este género no puede ser objeto de una pretensión de los recurrentes. El Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución.

D) Procedência da Inconstitucionalidade da Norma

As discussões, tão presentes e arraigadas no sistema italiano, relacionadas às diversas sentenças interpretativas proferidas pela corte constitucional, não é tão intensa no sistema espanhol como naquele país.

Na Espanha, a ponderação acerca da possibilidade da declaração de inconstitucionalidade não se vincular a nulidade da norma, surgiu a partir da STC 45/1989, que analisou alguns questionamentos relacionados à constitucionalidade da Lei 44/1978, regulamentadora do Imposto sobre a Renda das pessoas físicas:

deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del Ordenamiento”, e mais adiante, “entre las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad que ahora declaramos figuran no solo aquellas decididas mediante sentencia con fuerza juzgada (art. 40.1 LOTC), sino también por exigência del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), las establecidas mediante las actuaciones administrativas firmes; la conclusión contraria, en efecto, entrañaría ... un inaceptable trato de desfavor para quien recurrió, sin éxito, ante los Tribunales en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones hoy declaradas inconstitucionales.

As decisões interpretativas são as que garantem a permanência no sistema jurídico do texto objeto de questionamento em sede de controle de constitucionalidade, porque a ele podem ser atribuídas interpretações distintas, dentre as quais, aquelas constitucionais que justificam a sua compatibilidade ao ordenamento normativo.

As sentenças de mera inconstitucionalidade são proferidas quando o Tribunal Constitucional constata que a ilegitimidade constitucional normativa reside na omissão legislativa e, a partir dessa verificação, a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade da norma, comunicando-a ao legislador, a quem compete suprir a lacuna verificada no âmbito da justiça constitucional e, ao integrar o texto normativo, proteger o sistema de uma eventual lacuna.

As sentenças aditivas, por sua vez, se configuram quando o próprio Tribunal integra o texto normativo, exercendo, neste caso, a função de legislador positivo com o objetivo de sanar a inconstitucionalidade verificada a partir da omissão do legislador, e por isso são consideradas de todas essas sentenças as mais polêmicas.

Das omissões legislativas constatadas, aquela que o Tribunal enfrenta com maior frequência é a chamada omissão discriminatória, quando a lei deixa de regulamentar situações que mereceriam proteção igual a outras situações previstas, ofendendo, assim, o princípio da igualdade.

São também consideradas sentenças interpretativas pela inconstitucionalidade da norma sem a declaração da sua nulidade, aquelas que limitam a retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para preservar a economia nacional e o interesse público; aquelas que determinam o âmbito de aplicação territorial de uma lei a algumas comunidades autônomas; as sentenças que pronunciam a inconstitucionalidade de uma lei já derogada, e que, portanto, não poderá ser retirada do ordenamento; e, enfim, todas as manifestações da Corte cujo pronunciamento não implicou na retirada do dispositivo do ordenamento jurídico.

E, por fim, as sentenças substitutivas ou reconstitutivas proferidas pelo Tribunal Constitucional que, diante de uma inconstitucionalidade absoluta da lei, declararia a sua nulidade e, conseqüentemente, a sua retirada do ordenamento jurídico. Porém, ao proferirem uma sentença substitutiva ou reconstitutiva, os juízes constitucionais prezam pela permanência da norma no sistema jurídico, desde que convertido o seu enunciado em outro distinto, agora considerado legítimo constitucionalmente.

3.4 Eficácia Vertical e Horizontal no Sistema de Controle Concentrado Espanhol

Antes de iniciarmos o estudo acerca da eficácia vertical e horizontal das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade concentrado no sistema espanhol, faremos uma breve análise da igualdade na aplicação da lei, tal como interpretada nesse país. Isto porque entendemos que o respeito a este princípio implica no reconhecimento das eficácias vertical e horizontal às decisões do Tribunal Constitucional Espanhol.

E pelas mesmas razões expostas quando estudamos o controle de constitucionalidade concentrado italiano, mais especificamente, no tópico que desenvolveu a evolução do princípio da igualdade na aplicação da lei naquele país, também na Espanha, esse é um princípio que fomenta as mais variadas discussões no plano jurisprudencial, as quais, por via de conseqüência, alcançam o plano doutrinário.

A igualdade na aplicação da lei é uma garantia constitucional elaborada atendendo aos critérios da generalidade e abstração, não devendo ser admitido, portanto, todo e qualquer particularismo no exercício dessa função jurisdicional de atribuir justiça nas relações sociais ao aplicar a lei – uma das fontes do Direito – na solução dos casos concretos. Aliás, diante da imposição constitucional de se preservar o respeito ao tratamento igualitário àqueles que se encontram sob relações jurídicas idênticas, é que surge a necessidade de se fundamentar objetiva e razoavelmente os eventuais tratamentos legais diferenciados.

Admitindo que a produção legislativa encerra o debate político e, desde que a norma elaborada exclua qualquer forma ou pretensão de tratamento desigual, seria suficiente que o juiz, através de um mecanismo técnico de aplicação normativa, se submetesse a esta expressão do poder legítimo, a lei, para que não mais fosse possibilitado qualquer debate político.

Ocorre, porém, que tal debate político não se encerra com a produção legislativa, mas, ao contrário, se prolonga por toda a concreção judicial, isto é, durante o deslinde do caso que provocou a atuação do Judiciário, atuação essa que não é absolutamente ou exaustivamente reduzida a termos técnicos.

É imperioso, então, reconhecermos que o poder de criação normativa ultrapassa a competência legislativa, perpassando pela função jurisdicional, ainda que neste caso, as normas elaboradas não tenham o alcance imediato geral, que identifica a produção da atuação legislativa, mas sim, um alcance particular, voltado para as partes interessadas e litigantes no processo.

Mas ao contrário do que se poderia imaginar, o debate político elaborado durante a função jurisdicional, não se restringe – ou pelo menos, não deveria restringir-se – a interpretação das várias normas através das quais a lei pode se apresentar para o deslinde do caso concreto. Deve o juiz também – e, diria mesmo, essencialmente – ter como parâmetro de equacionamento do problema posto diante de si, a Constituição, norma fundamental para a elaboração e harmonia do ordenamento jurídico, não apenas sob o aspecto formal, mas, principalmente, por ser o documento normativo que determina o conteúdo dos direitos fundamentais a serem respeitados não apenas pelos cidadãos, entre si, no momento em que estabelecem uma relação jurídica, mas pelo Estado em relação à sociedade, de um modo geral, quando se manifesta julgando, legislando ou administrando.

Assim, o juiz meramente autômata, que se vale de uma mecânica aplicação normativa para solucionar casos concretos, cada vez mais enfrenta questionamentos surgidos em decorrência da violação da igualdade perante a lei. Isto é, torna-se mais evidente 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 judicial, que ocorre quando tal igualdade não se configura nos juízos emitidos pelo Judiciário, para o deslinde dos casos concretos surgidos num mesmo grupo social.

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.⁵³

Não se pode admitir a igualdade entre os cidadãos, sem que exista igualdade nos julgamentos.

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 49/1982⁵⁴, o Tribunal Constitucional se posicionou em 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

⁵³ Sobre o assunto ver as páginas 14/15 deste trabalho.

⁵⁴ As decisões referidas neste capítulo estão disponíveis em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 21 de janeiro de 2010.

preceitos contidos na legislação ordinária, porque esta deveria ser uma tarefa alheia a jurisdição constitucional.

Nesse momento, importante considerar a ressalva feita pelo próprio TC – 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:

STC 134/1991 ...Em resumo, 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 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 as 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 CE, o Tribunal espanhol a interpretou – STC 49/1982 – sob alguns relevantes enfoques a seguir enfatizados.

O artigo 14 da CE 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 principio da igualdade (STC 246/1993)⁵⁵.

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:

A mera constatação da diferença de critério em relação a uma decisão anterior não implica, de forma automática, na infração do principio da igualdade, pois não se pode exigir que o órgão judicial permaneça vinculado permanentemente aos seus próprios precedentes, principalmente

⁵⁵ 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.

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 (art. 117 C.E.) podem licitamente discrepar do critério utilizado pelo Tribunal Supremo sem que com isso vulnerem 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.

E seguindo essa mesma tendência contrária a força vinculante das decisões, a STC 125/1986:

o direito à igualdade perante a lei (art. 14 C.E.) 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 (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 judiciais diferentes a igualdade na aplicação da lei expressa uma linha a qual deve obedecer o 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 judiciais, 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 a 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 TC 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.

3.4.1 Eficácia Vertical na Jurisprudência Espanhola

A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional é expressa ao definir, no seu artigo 87.1⁵⁶, 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 caráter preferencial e urgente, o auxílio jurisdicional por este solicitado (artigo 87.2⁵⁷).

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.

O artigo 38 dessa Lei Orgânica, na sua parte primeira⁵⁸, 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 – já tecidas anteriormente – que vão mitigar tanto o entendimento doutrinário como a previsão normativa sobre a questão relativa aos efeitos verticais das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional:

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

⁵⁶ Art. 87.1 LOTC – Lei 02/79: Todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva.

⁵⁷ Art. 87.2 LOTC – Lei 02/79: Los Juzgados y Tribunales prestarán con carácter preferente y urgente al Tribunal Constitucional el auxilio jurisdiccional que éste solicite.

⁵⁸ Art. 38.1 LOTC – Lei 02/79: Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

→ 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;

→ 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 Constitucional⁵⁹).

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 se*, 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 judicial.

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,

⁵⁹ Art. 38.3 LOTC – Lei 02/79: Si se tratare de sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso. Dicho órgano notificará la sentencia constitucional a las partes. El Juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas.

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 judicial.

Importante enfatizar também que, em conformidade ao disposto na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, mais especificamente no seu artigo 40⁶⁰, 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.

Analisemos alguns casos concretos, selecionados no próprio site da Corte Constitucional Espanhola, a partir da data de publicação das sentenças constitucionais, isto é, as decisões mais recentes foram escolhidas, como também foram trazidas ao texto decisões que serviram de paradigma para a consolidação do posicionamento da Corte.

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

⁶⁰ Art. 40 LOTC – Lei 02/79:

1. Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad.

2. En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales.

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 1/2004, referente as medidas de proteção integral contra a violência de gênero.

Art. 171.4, Código Penal: 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. .

Igual pena se aplicará aquele que de modo leve ameace a uma pessoa especialmente vulnerável que conviva com o autor⁶¹(tradução nossa, grifo nosso).

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 Espanhola⁶², por opor-se à determinação aos poderes públicos de promoção de condições para que a liberdade e a igualdade sejam reais e efetivas.

⁶¹ Art. 171.4, Código Penale: El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

⁶² Artículo 9, Constitución Española.

1. *Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.*
2. *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o*

O que se questiona, em definitivo, é “se estamos diante de um tratamento punitivo diferente da mesma conduta em função do sexo dos sujeitos ativo e passivo... e se existe 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 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.”

dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

A diferença nas consequências jurídicas das normas que se oferecem como contraste não permite concluir que se genere 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.”⁶³

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 judicial, 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 judicial, 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.

⁶³ 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. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Disponível em: 14 de fevereiro de 2010.

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 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.

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

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 jurídico⁶⁵.

Os recorrentes aduziram, ainda, que a reforma excede a reserva específica da lei orgânica contida no artigo 165 da Constituição Espanhola⁶⁶, 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 à 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 Autonômicas 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

⁶⁵ Art 159.1, *Constitución Española*:

1. *El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. (grifo nosso).*

⁶⁶ Art. 165, CE: *Una Ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones.*

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 02/1979, de 03 de outubro, nem as suas sucessivas reformas (Leis Orgânicas 8/1984, de 26 de dezembro; 4/1985, de 07 de junho; 6/1988, de 09 de junho; 7/1999, de 21 de abril; e 1/2000, 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 dever-se-á limitar 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 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 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, CE, 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 CE 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 art. 159.1, que não apenas fixa em 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 art. 159.1, CE, 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 Autônomos, 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 Autônomos. Como é lógico, 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 Assembléias 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 69⁶⁷ e 159.1, ambos da Constituição Espanhola, pode-se extrair o princípio de participação autonômica na composição do Tribunal suscetível 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 CE.

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 deve ser rejeitada.

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 judicial.

⁶⁷ Art. 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.*

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 co base nos princípios democráticos, em especial, no que tange à igualdade na aplicação judicial.

3.4.2 Eficácia Horizontal na Jurisprudência Espanhola

No que tange ao precedente horizontal, a força vinculante do auto precedente 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.

Não existe um mandamento de igualdade absoluta que obrigue em todo caso ao tratamento igual de los 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 a 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 deveria respeitar os elementos de Direito condizentes a nova interpretação, sob pena de assentar os pronunciamentos dos Tribunais sobre um princípio de predominio dos precedentes que não se compatibiliza ao nosso sistema jurídico.

O princípio da igualdade na aplicação da lei impõe a proibição de diferenças de tratamento arbitrárias porque não justificadas em uma mudança de critério que possa reconhecer-se como tal, através, geralmente, de uma expressa referência ao critério anterior e das razões que justificaram o afastamento dos precedentes e a estruturação de uma nova resposta ao problema suscitado. Não se pode afirmar, que todo suposto em que a motivação expressa esteja ausente origine uma desigualdade inconstitucional. Tal desigualdade estaria justificada quando resulte 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.

⁶⁸

A partir da decisão STC 150/01, ditada sob o fundamento do artigo 24 da Constituição Espanhola que regulamenta o direito a tutela judicial⁶⁹, 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

⁶⁸ Sobre o assunto, STC 8/1981: “...*La simple desigualdad en los fallos de casos aparentemente iguales en sus supuestos de hecho no permite afirmar sin más que se ha vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la Ley. Tal violación puede darse cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias o con apoyo en alguna de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el art. 14 de la C.E., pero no cuando las diferencias pueden tener su justa razón de ser en la no identidad de hechos probados o en un margen de apreciación del juzgador que es indisociable de su función.*”

⁶⁹ Constituição Espanhola, Art. 24. 1. *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

havido ofensa ao princípio da igualdade justamente por inexistir “um previo critério aplicativo consolidado quebrado no caso concreto.”

Um mesmo assunto litigioso, com independência e mais além da concreta fundamentação jurídica das diversas sentenças questionadas, tem recebido do mesmo órgão judicial, em sede de cassação, duas respostas diferentes e aparentemente contraditórias, o que supõe um resultado arbitrário na medida em que os cidadãos obtiveram distintas respostas sem que uma razão assim as justificasse.

A interdição da arbitrariedade dos órgãos pode garantir através do direito a tutela judicial efetiva.

Na realidade, não estamos frente a um dos supostos de tratamento desigual imotivado na aplicação judicial da lei, posto que as demandas de amparo não repousam sobre a existência de um previo critério aplicativo consolidado rompido num caso concreto, sim sobre a simples existência de uma sentença imediatamente anterior (de 17 de setembro) em relação a posterior (de 18 de setembro) da qual seria discrepante (SSTC 134/1991, 132/1997)

Isto porque, o mesmo Tribunal Constitucional naquela 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 autprecedente na jurisdição ordinária, deve-se ressaltar a STC 144/1988, cuja importância na jurisdição constitucional se deu em razão de, por intermédio dela, o Tribunal Constitucional ter admitido que a igualdade na aplicação da lei também é violada por ofensa à igualdade formal, e não apenas quando a sentença viola a igualdade substantiva:

1. A igualdade perante a lei que consagra o art. 14 da nossa Constituição exige que esta seja aplicada por igual a todos, sem que em nenhum caso possam uns ser dispensados de seu cumprimento em razão das suas condições pessoais ou tratados com maior rigor também em consideração pessoal. Esta afirmação é válida seja qual for o órgão (administrativo ou judicial) que aplica a lei, de modo que infringiria a norma do art. 14 de nossa Constituição o órgão judicial que tomasse em consideração, para aplicar com maior ou menor rigor um determinado preceito legal, as circunstâncias pessoais ou sociais daqueles que são partes no processo e sempre, claro está, que tais circunstâncias não sejam em si mesmas relevantes de acordo com as próprias normas que o juiz tenha que aplicar.

2. A homogeneidade na interpretação é, sem dúvida, um objeto a ser alcançado em um Estado de Direito (art. 1.1 C.E.) e inclusive uma finalidade que o legislador deve perseguir para dar realidade ao princípio de segurança jurídica que consagra o art. 9.3 da nossa Constituição. Mas tal objetivo deve ser conseguido com independência judicial, que é também um componente essencial da noção de Estado de Direito e um princípio estrutural consagrado (art. 117.1) por nossa Constituição. Por isso, o juiz não está sujeito as instruções dos Tribunais Superiores ou do Tribunal Supremo, que somente através dos recursos previstos nas leis processuais podem corrigir, em seu caso, a interpretação das leis que julguem, também com liberdade, incorretas.
3. Quando, apesar das instruções processuais destinadas a evitá-las ou corrigi-las, se produzem divergências interpretativas, estas não implicam, por si mesmas, uma quebra do princípio da igualdade perante a lei, pois a lei diversamente interpretada pelos distintos juízes ou inclusive por um mesmo juiz, em diversos momentos, é aplicada por igual sempre que em tal aplicação não se tomem em consideração diferenças pessoais não consideradas relevantes no texto da lei.
4. ... o problema que a divergência suscita apenas pode ser trazido perante o Tribunal Constitucional quando quem se sente vítima de uma aplicação discriminatória da Lei possa oferecer razões que o autorizem a pensar 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 que se foram tomadas em consideração circunstâncias pessoais ou sociais das partes, inclusive, simplesmente, sua própria identidade, que não deveriam sê-lo.”⁷⁰

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 de acordo com as 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 análise jurídico-normativa, até então, não elaborada, entendê-la inconstitucional, sob esses novos primas e, assim, declarar a sua nulidade, retirando-a do sistema.

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

⁷⁰ 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 discriminatória 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 serlo» (en sentido análogo, SSTC 108/1988, 253/1988, 103/1990, 46/1996 y 104/1996)”.

Em 24 de julho do ano de 2008, o pleno do Tribunal Constitucional proferiu a Sentença Nº 101, 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 art. 82 LOTC, 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 art. 184.7, do Regulamento do Senado, 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 art. 16.1 LOTC, com a redação dada pela Lei Orgânica Nº 6/2007, de 24 de maio, anteriormente analisado, assinalando que a reforma agora questionada é conseqüência 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. Acrescentaram, ainda, que tal procedimento foi iniciado por discordarem das mudanças provocadas na LOTC, mantendo este recurso uma identidade de argumentos jurídicos com aqueles interpostos em relação à Lei Orgânica Nº 6/2007, de 24 de maio.

Sempre de acordo com os recorrentes: “a reforma impugnada confirma, completa e agrava a inconstitucionalidade denunciada no recurso contra a reforma da LOTC, de forma que a mesma vulnera claramente o art. 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”. Isso corresponderia a uma vulneração da reserva específica da lei orgânica contida no art. 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 Senado⁷⁰, dispõe o seguinte:

⁷⁰ Art. 184.7, RS: *"La elección por el Senado de los cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional, cuyo nombramiento ha de proponerse al Rey, según lo previsto en el artículo 159 de la Constitución, seguirá el procedimiento previsto en este Capítulo con las siguientes especialidades:*

a) *El Presidente del Senado comunicará a los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas la apertura del plazo para la presentación de las candidaturas. Cada Asamblea Legislativa*

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 Assembléias Legislativas das Comunidades Autônomas a abertura do prazo para a apresentação das candidaturas. Cada Assembléia Legislativa poderá, nesse prazo, apresentar até dois candidatos, resultando aplicável o disposto nas partes 3 e 4 deste 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 art. 16.1, LOTC, confirma 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, privou-se o Senado da faculdade de estimar que os candidatos propostos não reúnem os requisitos exigidos, circunstância que poderia conduzir ao bloqueio da própria função constitucional da Câmara, sob pena de que a mesma deva nomear obrigatoriamente candidatos que possam não reunir os requisitos exigidos, o que seria, entendem, 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 que, neste prazo, cada Assembléia possa 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, LOTC, a intervenção

podrá, en ese plazo, presentar hasta dos candidatos, resultando aplicable lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de este artículo.

- b) La Comisión de Nombramientos elevará al Pleno de la Cámara una propuesta con tantos candidatos como puestos a cubrir, que deberán haber comparecido previamente en la Comisión. Si no se hubieran presentado en plazo candidaturas suficientes, la propuesta que se eleve al Pleno podrá incluir otros candidatos".*

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.

O fato do Regulamento do Senado prever a apresentação de candidaturas pelas Assembleias Legislativas das Comunidades Autônomas como uma sua faculdade, não pode impedir que o Senado atenda a sua função e dever constitucional exposto no artigo 159.1 da Constituição Espanhola.

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

Para responder a estas questões, os membros do Tribunal Constitucional se valeram daquela que representa 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 irrecuperável entre o preceito regulamentar impugnado e as normas ou princípios constitucionais que integram o seu parâmetro de controle.

Deste modo, caberá aos Senadores que compõem a Câmara escolher, mediante a correspondente 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 constitucionalmente estabelecidas, aqueles que estimem adequados para o exercício da função de juiz constitucional, ainda que não tenham sido apresentados pelas Assembleias Legislativas das Comunidades Autônomas,

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 art. 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 Assembléias 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 04 (quatro) dos 12 (doze) Magistrados não pode ser interpretada como uma proibição constitucional implícita a que os Parlamentos Autônomos intervenham nesta eleição mediante a apresentação de candidatos, mas, ao contrário, que a participação das Comunidades Autônomas nesta eleição constitui uma finalidade que 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 escolher, 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 Assembléias Legislativas das Comunidades Autônomas.

Primeiro, no que se relaciona à eficácia horizontal torna-se evidente que para que a Corte Constitucional respeite a igualdade na aplicação judicial 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 poderiam subsidiar a modificação da interpretação da Corte Constitucional sem que isso implicasse na 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.

CONCLUSÃO

Antes de iniciarmos uma análise comparativa das eficácias das decisões constitucionais nos sistemas italiano e espanhol, sintetizaremos, brevemente, um paralelismo entre as estruturas de cada um desses modelos de justiça constitucionais.

Quanto à organização, a Corte Constitucional Italiana é composta por 15 (quinze) juízes, que por um período improrrogável de 09 (nove) anos atuarão como guardiães da Constituição, residindo a sua indicação numa escolha ou eleição paritária do Presidente da República, do Parlamento, através de suas duas Casas em conjunto, e das Cortes Supremas Ordinária e Administrativa que integram a estrutura do Judiciário. Podem se candidatar ao exercício dessa função: magistrados, mesmo os já aposentados, professores universitários e advogados com mais de 20 (vinte) anos de profissão.

O Tribunal Constitucional Espanhol, por sua vez, é composto por 12 (doze) membros, por um período improrrogável de 09 (nove) anos, e porque tem um número par de integrantes, o Presidente da República deverá proferir o voto de qualidade, sempre que houver empate nas decisões. Dentre os cidadãos espanhóis, poderão ser indicados professores de universidade, funcionários públicos, advogados, magistrados ou fiscais, todos juristas com mais de 15 (quinze) anos de exercício profissional.

Enquanto a Corte Constitucional Italiana tem os seus membros definidos a partir de uma escolha – ou eleição – paritária entre Legislativo, Executivo e Judiciário, o mesmo não ocorre na Espanha, visto competir ao Legislativo a indicação de 08 (oito) dos juízes constitucionais, que serão eleitos pelo *quorum* qualificado de maioria de três quintos de cada Casa legislativa. Os demais serão indicados pelo governo e pelo Conselho Geral do Poder Judiciário – cada qual indicará 02 (dois).

Podemos observar que, enquanto na Itália o princípio que fundamenta a definição dos membros da Corte é o da primazia da separação dos poderes, visto que cada um destes deverá indicar o mesmo número de juízes para compor esse órgão de justiça constitucional, na Espanha, o postulado que serve de embasamento para a organização do Tribunal Constitucional é o da representatividade democrática, no sentido de que cabe aos representantes do povo – portanto, ao povo indiretamente – escolher o maior número de membros da justiça constitucional.

No que tange à competência, a Corte Constitucional Italiana pode processar e julgar ações que versem sobre as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e atos com força de lei do Estado e das Regiões; os conflitos de competência entre os poderes do Estado, entre os poderes das Regiões, bem como aqueles surgidos entre os poderes do Estado e das Regiões; decidir sobre as acusações promovidas contra o Presidente da República; e, ainda, julgar a admissibilidade dos pedidos de referendo revogatório, que podem ser apresentados por 500 (quinhentos) mil eleitores ou por 05 (cinco) Conselhos Regionais.

São diversos os motivos que podem provocar a atuação da Corte Italiana, podendo uma norma ser objeto de julgamento em processos constitucionais distintos, de acordo com o contexto político jurídico no qual se revela o seu vício de ilegitimidade: seja em via incidental, em via de ação ou em sede de conflito de atribuições entre os Poderes.

Por sua vez, o sistema espanhol adota como competência do Tribunal Constitucional processar e julgar: recurso e a questão de inconstitucionalidade contra leis, disposições normativas ou atos com força de lei; recurso de amparo por violação aos direitos e liberdades públicas; conflitos constitucionais de competência entre o Estado e as Comunidades Autônomas ou os conflitos surgidos entre estas; conflitos entre os órgãos constitucionais do Estado; conflitos em defesa da autonomia local; declaração sobre a constitucionalidade dos Tratados Internacionais; impugnações do Governo relacionadas às disposições e resoluções adotadas pelos órgãos das Comunidades Autônomas; verificação das nomeações dos magistrados do Tribunal Constitucional, para julgar se os mesmos reúnem os requisitos requeridos pela Constituição e Lei Orgânica do Tribunal Constitucional.

Constatamos, assim, que a área de atuação do Tribunal Constitucional Espanhol agrega três grandes grupos de competências: controle de constitucionalidade de leis e dos tratados internacionais; garantia dos direitos fundamentais e solução de conflitos constitucionais. A sua jurisdição tem alcance mais amplo do que a da Corte Constitucional Italiana, sendo que de todas as competências que o TC Espanhol desempenha, sem dúvida, é a mais importante a proteção dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, através do Recurso de Amparo, instrumento jurídico esse inexistente no sistema italiano.

Os procedimentos de declaração da inconstitucionalidade de leis ou atos normativos com força de lei do Estado ou das Comunidades Autônomas podem ser realizados através: da interposição do Recurso de Inconstitucionalidade, da Questão de Inconstitucionalidade promovida pelos juízes ou Tribunais, ou ainda, por intermédio do Controle Prévio de Constitucionalidade dos Tratados Internacionais, todos conhecidos pelo Pleno do Tribunal.

a) Eficácia *Erga Omnes* e Eficácia *Inter Partes*

Após um estudo descritivo do modelo de justiça constitucional adotado na Itália e daquele adotado na Espanha, seguimos para o enfrentamento de uma análise comparativa de ambos os sistemas, no tocante à eficácia das decisões e, como consequência, à preservação do direito à igualdade na aplicação da lei.

Inicialmente, nas sentenças proferidas pela improcedência da inconstitucionalidade da norma, a Corte Constitucional Italiana não declara a legitimidade da norma impugnada, limitando-se, apenas, a declarar infundadas ou inadmissíveis as questões que lhe foram submetidas.

Assim sendo, os efeitos dessa decisão não são gerais, alcançando somente o caso concreto e as questões submetidas à apreciação da Corte Constitucional no controle incidental ou no recurso interposto em via de ação. O efeito jurídico dessa decisão é preclusivo, pois impede a repositura da mesma questão, sob os mesmos fundamentos, na mesma fase processual e pelo mesmo juiz, justamente porque a decisão pela improcedência não permite que o juiz continue a duvidar da legitimidade constitucional da lei nos mesmos termos em que duvidava quando provocou a atuação da Corte Constitucional.

A eficácia dessa decisão não opera *erga omnes* na sua parte dispositiva, produzindo, porém, esse efeito na sua fundamentação, porque após ser prolatada a sentença, a mesma lei poderá ser novamente questionada perante a Corte Constitucional, desde que diante de uma distinta *ratio*.

Diante desse panorama, o que vincula o juiz nessa manifestação é a *ratio decidendi* e não o *decisum*, visto que o mesmo pode remeter à Corte a mesma lei, desde que alegue um fundamento de sua inconstitucionalidade diverso daquele anteriormente levantado. Ou, então, uma mesma lei, poderá ser novamente submetida à Corte, e sob os mesmos fundamentos, desde que por outro juiz em grau ou instância diferente daquele do juiz *a quo*, mas nesse caso, para modificar o seu entendimento, a Corte deverá fundamentá-lo razoavelmente.

Enfim, por mais que as sentenças que rejeitam a inconstitucionalidade da norma produzam efeitos jurídicos *inter partes*, é claro que fixa, de toda forma, uma *ratio decidendi*, competindo aos juízes trazerem novos argumentos ou interpretações da questão objeto de análise para que a Corte seja instigada, então, a reconsiderar o próprio precedente.

As decisões proferidas pela procedência da inconstitucionalidade normativa, por sua vez, operam *erga omnes* na sua parte dispositiva, retirando do ordenamento jurídico o preceito declarado incompatível com os preceitos constitucionais.

Na Espanha, as chamadas sentenças *desestimatorias* proferidas nos recursos de inconstitucionalidade, adotadas quando não procede a alegada ilegitimidade constitucional, impedem que pela mesma via seja posteriormente encaminhado o questionamento acerca da mesma infração a idêntico preceito constitucional.

Isto significa dizer que quando uma norma for declarada constitucional em um recurso de inconstitucionalidade, poderá vir a 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.

Quando, porém, a norma for declarada constitucional em sede de recurso de inconstitucionalidade, 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.

Já em relação às sentenças proferidas pela procedência da inconstitucionalidade da norma, o Tribunal Constitucional poderá fundamentá-las alegando a infração a qualquer preceito constitucional, tenha ele sido ou não invocado no curso do processo constitucional, sendo atribuída à decisão efeitos *erga omnes*.

E, por fim, no tocante às sentenças interpretativas pela improcedência da inconstitucionalidade adotadas em qualquer dos dois sistemas constitucionais, a motivação da decisão tem efeito *inter partes*, porém, o que existe é uma crise quanto à eficácia dessas decisões, porque os juízes que integram o Judiciário permanecem livres para interpretar a norma que devem aplicar aos casos concretos, não estando vinculados à interpretação adotada pela Corte; salvo, quando uma interpretação for considerada ilegítima pela Corte, pois, nesse caso, não poderá ser adotada pelo juiz *a quo* para solucionar o caso *sub judice*, justamente porque incompatível a Constituição.

Em relação à interpretação não admitida pela Corte porque disforme à Constituição, apesar de sua eficácia vincular *inter partes*, tem alcance *erga omnes*, porque mesmo que os demais juízes, além do *a quo*, não estejam obrigados a adotar a interpretação conferida pela Corte e ainda que possam provocar a atuação da Corte sobre a mesma norma, já que remanescerá em vigor no ordenamento jurídico o dispositivo do qual foi extraída a interpretação em questão, a Corte Constitucional somente modificará o seu entendimento se trazidos para a sua análise novos elementos que sejam capazes de fundamentar a mudança do critério que havia sido adotado até então. Se assim não fosse, a Corte estaria agindo de forma arbitrária, contrária à igualdade na aplicação da lei.

Por sua vez, as sentenças interpretativas pela procedência da inconstitucionalidade da norma têm eficácia *erga omnes*, tanto num como no outro sistema de constitucionalidade de normas.

b) Eficácia Vertical das Decisões Constitucionais

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 tanto o Estado Italiano como o Espanhol, quais sejam: o do respeito à separação dos poderes e à distribuição de competências prevista em nível constitucional.

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 sistema, 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.

No que tange ao sistema italiano, para que a eficácia vertical das decisões se respalde no princípio da igualdade na aplicação da lei, torna-se necessário identificar objetiva e claramente as variáveis que aproximam ou distanciam duas ou mais situações, evidenciando-se, assim, pelas instâncias do Judiciário, qual decisão constitucional poderá servir de fundamento jurídico para a solução do litígio *sub judice*. E, mesmo que as variáveis aproximem situações, e se a despeito disso, o órgão julgador se distanciar do entendimento firmado pela Corte Constitucional, caberá a ele justificar motivadamente, através de critérios objetivos e gerais, o porquê do distanciamento do *tertium comparationis*.

Em relação à Espanha, por sua vez, fica bastante evidente pelo estudo realizado que, 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.

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 à 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 principal de ambos os sistemas no tocante à eficácia vertical é que, enquanto na Itália, existe maior preocupação de ‘criar’ diversos tipos de sentenças constitucionais, com as mais variadas nomenclaturas, a serem admitidas pelas instâncias do Judiciário como entendimentos consolidados a serem seguidos, bem como de especificar o que deve ou não ser observado pelo Judiciário como critério definidor da existência de um *tertium comparationis*; 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.

c) Eficácia Horizontal das Decisões Constitucionais

Diante da eficácia horizontal das decisões constitucionais é importante deixar evidente que a igualdade na aplicação da lei não pode implicar a 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, sempre em movimento: é uma ciência que deve constantemente se adaptar às novas realidades sociais, econômicas, políticas, justamente para que, assim, garanta a legitimidade das suas decisões.

E, também, o direito ganha vivacidade sempre que as normas através das quais se expressa para a sociedade são interpretadas. Dizendo de outra forma: apesar dos textos legais que compõem o ordenamento jurídico serem normas “estanques”, eles ganham vida e se oxigenam sempre que a eles forem atribuídas interpretações e, portanto, novas formas de serem admitidos no plexo normativo, desde que compatíveis à Constituição.

Na Itália, a igualdade na aplicação da lei como fundamento da eficácia horizontal das decisões constitucionais deve ser interpretada como um imperativo de que o mesmo órgão não pode modificar arbitrariamente o sentido das suas decisões em casos substancialmente iguais, tendo que fundamentar a sua decisão de modo suficiente e razoável, quando o órgão em questão considere que deva afastar-se de seus precedentes.

As motivações arbitrárias são aquelas elaboradas de modo a ignorar um raciocínio objetivo e geral; porém nem todas as decisões judiciais distintas aplicadas a casos concretos idênticos culminarão numa solução discriminatória. Isto porque não se deve exigir a observância do princípio da igualdade na aplicação da lei quando a decisão precedente tiver adotado como fundamento jurídico um critério interpretativo há tempos superado ou que tenha ignorado a justiça na solução de litígio.

Decisões proferidas nesse sentido devem ser admitidas como decisões erradas e, se eventualmente forem adotadas como precedentes devem ser consideradas escolhas arbitrárias do termo de comparação.

É importante, porém, que a faculdade do juiz de alterar o critério anteriormente utilizado tenha como fundamento a alteração das circunstâncias fáticas submetidas à avaliação da justiça constitucional ou que esta tenha modificado, com o avançar do tempo, o seu próprio posicionamento no que tange àquele assunto. Ou, sob o aspecto jurídico, que surja uma interpretação respaldada na Constituição que, até então, vinha sendo ignorada pelos hermeneutas jurídicos.

O respeito ao precedente deve acontecer sempre que a linha jurisprudencial em questão já esteja consolidada, não se configurando em pronunciamentos isolados ou fundamentados em uma interpretação ainda carente de amadurecimento doutrinário, visto ser ainda passível de divergentes compreensões e entendimentos jurídicos; como também deve-se observar que, o caso a servir de paradigma deve ter contornos gerais com base nos quais serão configurados sucessivamente os demais supostos de fato e, ainda, com base nesse delineamento genérico deve-se consolidar uma correspondente ponderação de princípios a serem utilizados como fundamento para a aplicação da justiça.

O sistema espanhol se assemelha em muito ao sistema italiano sob o contexto da eficácia horizontal, principalmente no que tange à exigência de motivação ao ser adotado um novo critério, isto é, 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.

Assim, constatamos que, em ambos os sistemas de constitucionalidade, a violação ao princípio da igualdade na aplicação da lei, sob a ótica da eficácia horizontal, se caracteriza sempre que o mesmo órgão solucionar casos similares de forma contraditória sem qualquer motivação, não arbitrária, construída em termos generalizados que justifique a mudança do critério de julgamento.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALMEIDA, Luis Nunes de. Da politização à independência. In: LEGITIMIDADE e legitimação da Justiça Constitucional. Lisboa: Coimbra Editora, 1995.
- ALVEZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*. 2.ed. Madri: Tecnos, 1997.v.2
- BACIGALUPO, Enrique. Jurisprudencia y seguridad jurídica. In: PRECEDENTE vertical. La fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo. Madri: Aranzadi, 2000.
- BALDASSARE, A. Corte Costituzionale e Principio di Eguaglianza. In: LA CORTE Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Padova: CEDAM, 1984.
- BARTOLE, Sergio; BIN, Roberto. *Commentario breve alla Costituzione*. 2 ed. Padova: CEDAM, 2008.
- BIGNAMI, Marco. *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848– 1956)*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1997.
- BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Costituzionale*. 6. ed. Torino: G. Giappichelli, 2005.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2.ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BLASCO SOTO, Maria Del Carmen. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*. Barcelona: Jose M. Bosch, 1995.
- BRYCE, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2.ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1992.
- CARAVITA, Beniamino. *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art.3, comma 2 della costituzione*. Padova: CEDAM, 1984.

- CATELANI, Elisabetta. *La determinazione della "questione di legittimità costituzionale" nel giudizio incidentale*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1993.
- CERRI, Augusto. *Corso di giustizia costituzionale*. 2ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1997.
- CERRI, Augusto. *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*. Roma: L. U Japadre, 1984.
- CERRI, Augusto. *L'eguaglianza*. Roma: Laterza, 2005.
- COMENTÁRIOS a la Constitución Española de 1978. Madri: Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas, 1999.
- CONSTITUIÇÃO de diversos países. 3.ed. Lisboa: Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 1986. 2v.
- CORZO SOSA, Edgar. *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. 5.ed. Padova: CEDAM, 1984.v.2
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de controle de constitucionalidad*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987.
- DANTAS, Ivo. *O valor da Constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- 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 *et al.* *Jurisdicción y Procesos Constitucionales*. 2. ed. Madri: McGrawHill, 2000.
- DONATI, Filippo. Principio fondamentale di eguaglianza e diritto comunitario. In: GIURISPRUDENZA Costituzionale . [S.l: s.n.], 1995.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: M. Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madri: Civitas, 1994.
- ESPOSITO, Carlo. *La Costituzione Italiana*. Padova: Dott. A. Milani, 1954.

- FAVOREU, Louis *et al.* *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- FERRARA, Giovanni. Corte costituzionale e principio d'eguaglianza. In: LA CORTE Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Padova: CEDAM, 1984.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudanças da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FERRERES COMELLA, Victor. *Justicia constitucional y democracia*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- FIGUEIREDO, Marcelo. Ação Declaratória de constitucionalidade: inovação infeliz. *Repro 71*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, jul./set., 1993.
- FILHO, Álvaro Melo. Súmulas vinculantes: os dois lados da questão. *Repro 87*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 22, jul./set., 1997.
- GARCIA COUSO, Susana. *El juicio de relevância en la cuestión de inconstitucionalidad*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Brasília: EDUnB, 1984.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: M. Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: M. Fontes, 1999.
- LLORENTE, Francisco Rubio. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1970.
- LOPEZ GUERRA, Luis. La fuerza vinculante de la jurisprudencia. In: ACTUALIDAD Aranzadi. v. 10, n. 442. Madri: Aranzadi, 2000. p. 1–4.

- LOPEZ GUERRA, Luiz. *Las sentencias básicas del tribunal constitucional*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- LÓPEZ GUERRA, Luiz; LLORENTE, Francisco Rubio *et al.* *La jurisdicción constitucional en España*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- LÓPEZ ULLA, Juan Manuel. *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho Español*. Madri: Marcial Pons, 2000.
- MARANHÃO, Clayton. Inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 03/93. *Repro 72*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 72, v. 18, out./dez., 1993.
- MARINS, James. A desmoralizante declaratória de constitucionalidade. *Repro 72*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, out./dez., 1993.
- MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana: meio siglo de debate doctrinal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- MARTINES, Temistocle. *Diritto Costituzionale*. 10. ed. Milão: Giuffrè, 2000.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Distinção entre suspensão de vigência e eficácia de norma inconstitucional e materialidade do direito suspenso em processo cautelar de ADIN com liminar concedida. *Repro 78*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 20, abril/jun., 1995.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei nº 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. (org.) *Constituição e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. Súmula vinculante e proteção dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça, vol. 8, 2009.
- MIRALLES, Jorge Lozano; SACCOMANNO, Albino. *El Tribunal constitucional. composición y principios jurídico-organizativos (el aspecto funcional)*. Valença: Tirant to Blanch, 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional II*. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

- MONTORO, Angel J. Gómez. *El conflicto entre organos constitucionales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: LEGITIMIDADE e legitimação da Justiça Constitucional. Lisboa: Coimbra Editora, 1995.
- MORRONE, Andrea. *Il custode della ragionevolezza*. Milão: Giuffrè, 2001.
- OLLERO, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- ONIDA, Valerio; D'AMICO Marilisa. *Il giudizio di costituzionalità delle leggi. Materiali di giustizia costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 1998.
- PACE, Alessandro. *La rigidez de las constituciones escritas*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- PALADIN, Livio. Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza. In: GIURISPRUDENZA Costituzionale. [S.l : s.n.), 1984.
- PALADIN, Livio. *Diritto Costituzionale*. 3.ed. Padova: Dott. A. Milani, 1995.
- PALADIN, Livio. *Il principio costituzionale d'eguaglianza*. Milão: Giuffrè Editore, 1965.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PEGORARO, Lucio. *La justicia constitucional: una perspectiva comparada*. Madri: Dykinson, 2004.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. Madri: DYKINSON, 2005.
- PEREZ ROYO, Javier. *Tribunal constitucional y division de poderes: temas claves de la constitución española*. Madri: Tecnos, 1988.
- PEREZ TREMPES, Pablo. El tribunal constitucional II. In: DERECHO Constitucional. Los poderes del Estado. La organización territorial del Estado. 3. ed. Valencia: Tirant to Blanch, 1997.v.2
- PIZZORUSSO, Alessandro. *Justicia, constitución y pluralismo*. Lima: Palestra Editores, 2005.
- PIZZORUSSO, Alessandro. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. Roma: Foro Italiano, 1984.

- RUFFÍA, Pablo Biscaretti di. *Derecho Constitucional*. 3.ed. Madri: Tecnos, 1987.
- RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. *Lineamenti di giustizia costituzionale*. 2.ed. Torino: G. Giappichelli, 2001.
- SANCHES, Sydney. Aspectos processuais do controle de constitucionalidade. In: *RePro 79*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 20, jul./set., 1995.
- SÁNCHEZ, Pedro José González-Trevijano. *El tribunal constitucional*. Madri: Aranzadi, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SUSTEIN, Cass R. *The partial Constitution*. Cambridge. Massachusetts, and London, Inglaterra: Harvard University Press.
- VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade: atualizado conforme as Leis nº 9.868/99 e 9.882/99*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- VERGOTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale*. 2.ed. Padova: Dott. A. Milani, 2000.
- VILLAAMIL, Oscar. (org.). La Composicion del Tribunal Constitucional. In: COMENTARIOS a la Constitución Española de 1978. Madri: Cortes Generales Editoriales de Derecho Reunidas, 1999.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. Corte costituzionale e principio di eguaglianza. In: LA CORTE Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Padova: CEDAM, 1984.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Itália: Il Mulino, 1988.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principi e voti*. Torino: Giulio Einaudi, 2005.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.