

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA ESPANHA

Léo Brust*

Introdução. 1. O Tribunal Constitucional. 2. O Parâmetro de Controle. 3. O Objeto de Controle. 4. Recurso de Inconstitucionalidade. 5. Questão de Inconstitucionalidade. 6. Controle Prévio dos Tratados Internacionais. 7. Recurso de Amparo Constitucional. 8. Auto-questão de Inconstitucionalidade. 9. Conflitos Constitucionais. 9.1 Conflitos entre o Estado e as Comunidades Autônomas ou destas entre si. 9.2 Conflitos entre Órgãos Constitucionais do Estado. 9.3 Conflitos em Defesa da Autonomia Local. 10. Impugnação pelo Governo de Normas Infra-legais Autônomicas. 11. Efetividade das Decisões do Tribunal Constitucional. Considerações Finais. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

A história constitucional espanhola é idêntica a dos demais países europeus. Somente no século XX a Constituição conquistou a supremacia do ordenamento jurídico, que em períodos democráticos tradicionalmente pertencia ao Parlamento. A primeira experiência de controle da constitucionalidade das leis e de outros atos do poder público ocorreu na Segunda República (1931-1936), com a instalação de um Tribunal de Garantias Constitucionais, que concentrava toda a justiça constitucional. A ditadura Franquista acabou com essa primeira tentativa. A redemocratização ocorrida na década de 70 culminou com a promulgação da Constituição de 1978, que instaurou um sistema de controle em moldes europeus, inspirado principalmente nos modelos alemão e italiano. Isto é, concentrado em apenas um órgão titular da jurisdição - Tribunal Constitucional *ad hoc* - e com um processo ou procedimento autônomo que resulta, uma vez constatada a inconstitucionalidade, numa declaração com eficácia *erga omnes*.

A partir desse momento, como resume García de Enterría¹, “a Constituição se afirma como uma norma jurídica (art. 9.1 e Disposição Derrogatória 3^a), suas constantes referências aos ‘poderes públicos’ vinculam positivamente o legislador e em particular seus conteúdos dogmáticos (art. 53.1), e, enfim, declara expressamente que as leis inconstitucionais podem ser anuladas mediante a jurisdição especializada do Tribunal Constitucional (art. 164).” Um Tribunal independente dos três poderes, que concentra o controle da constitucionalidade graças à legitimidade que lhe concede a Constituição.

*Doutorando em Direito Constitucional na Universidade de Salamanca - Espanha
Mestre em Ciência Política pela Universidade Técnica de Lisboa - Portugal
Professor de Direito Constitucional Licenciado da ULBRA e Advogado
leobrust@via-rs.net

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Justicia Constitucional”. In: ARAGÓN REYES, Manuel (coord.). *Temas básicos de derecho constitucional. Tomo III*. Madrid: Civitas, 2001, p. 19-25.

O sistema espanhol possui dois tipos básicos de demandas constitucionais: uma ação direta ou principal, o *Recurso de Inconstitucionalidade (RI)*; e outra, incidental a um processo concreto, a *Questão de Inconstitucionalidade (QI)*. O conhecimento de ambas é atribuição do TC (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional - LOTC art. 2.1.a), que também deve decidir sobre outras ações de cunho constitucional, como o controle prévio dos tratados internacionais, os conflitos entre o Estado espanhol e as Comunidades Autônomas, e os numerosos Recursos de Amparo no âmbito dos direitos fundamentais. O presente estudo visa dar uma visão geral do sistema espanhol de jurisdição constitucional, com especial ênfase às diversas ações que possibilitam, de forma direta ou indireta, o controle da constitucionalidade dos preceitos normativos.

1 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC)

O TC² é o órgão de garantia de toda a ordem constitucional, sendo também conhecido por “guardião da Constituição”. Apesar de não fazer parte do Poder Judiciário (e nem tampouco dos outros dois poderes), é um Tribunal e, enquanto tal, um órgão jurisdicional. “Seu procedimento, o estatuto de seus membros e o valor de suas decisões, estão na órbita da jurisdição.”³ Não obstante, a maior parte de seus 12 (doze) membros é designada por órgãos políticos. Todos são nomeados pelo Rei, que se deve ater aos nomes propostos pela Câmara dos Deputados - *Congreso* - (quatro); pelo Senado (quatro); pelo Governo (dois); e pelo Conselho Geral do Poder Judiciário (dois). A indicação das câmaras legislativas deve ser aprovada por três quintos dos deputados ou dos senadores. Os integrantes do TC devem ser escolhidos entre magistrados, fiscais, professores de universidades, funcionários públicos ou advogados, todos juristas de reconhecida competência e com mais de quinze anos de exercício profissional. O mandato dos magistrados é de nove anos e um terço da composição do Tribunal é renovada a cada três anos. Suas garantias são idênticas às dos membros do Poder Judiciário. O Presidente do TC é proposto pelo próprio Tribunal e nomeado pelo Rei para um período de três anos.

O *Pleno* do TC é composto pela totalidade de seus membros e tem a competência administrativa para decidir em última instância todas as questões relacionadas com a vida interna do Tribunal, assim como a competência jurisdicional de decidir recursos de inconstitucionalidade, questões de inconstitucionalidade, conflitos de competência, controle prévio de tratados internacionais e impugnação pelo Governo das disposições regulamentares das Comunidades Autônomas (LOTC arts. 6 y 7). Divide-se em duas câmaras (*Salas*) de seis membros, com a competência - exclusivamente jurisdicional - de julgar os Recursos de Amparo (RA), para os quais devem estar presentes dois terços de seus membros (Constituição Espanhola - CE arts. 161 y 53.2). O presidente do TC

² O estatuto e o funcionamento do TC está definido no Título IX da Constituição Espanhola (CE arts. 159 a 165) e na LOTC, de 03 de outubro de 1979.

³ SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *El sistema político de la Constitución española de 1978 – Ensayo de un sistema*. Madrid: Nacional, 1980, p. 374.

preside uma das salas e o vice, a outra. Há também *Seções* compostas por três magistrados aos quais compete o despacho de assuntos de “puro trâmite”, como o controle da admissão das demandas.

Sánchez Agesta⁴ esclarece que a LOTC prevê cinco competências do TC no exercício de sua jurisdição: **1ª**) total autonomia para definir sua própria competência de ofício ou a pedido da parte, sem que ninguém lhe possa contestar (art. 4º); **2ª**) competência extensiva para conhecer e decidir – sem valor *erga omnes* – as questões prejudiciais ou incidentais não constitucionais, mas diretamente relacionadas com a matéria constitucional objeto da demanda (art. 3º); **3ª**) poder de auto-organização para eleger dentre seus membros o Presidente, verificar os requisitos para a nomeação dos magistrados, entender das recusas e da cessação, e designar os magistrados que integram cada Sala (arts. 9 y 10); **4ª**) de ofício ou a pedido da parte pode acordar a prática de prova e resolver sobre a forma e o tempo de sua realização até um prazo de trinta dias, assim como requisitar expedientes, informes ou documentos dos órgãos públicos e, dos juizes e tribunais, o auxílio jurisdicional que precise (arts. 88 y 89); **5ª**) decide, sem ulterior recurso, sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade dos Recursos de Inconstitucionalidade e de Amparo (arts. 34, 37 y 50).

O procedimento ante o TC é gratuito. Rege-se pela LOTC e, em caráter supletivo, pela Lei Orgânica do Poder Judiciário (LOPJ) e pela Lei de Ajuizamento (*Enjuiciamiento*) Civil (LEC). As partes são representadas por um procurador e defendidas por um advogado.⁵ Os órgãos executivos do Estado são representados e defendidos pelos advogados do Estado junto ao TC. A exemplo dos tribunais judiciais, o TC somente pode pronunciar-se se for instado por uma parte. É um órgão passivo, mas lhe é facultada alguma iniciativa depois de aberto o processo, como adiante se verá. Sua competência é privativa, não a compartilhando com outros órgãos jurisdicionais ou políticos. Esta característica faz com que apenas o TC, a pedido da parte ou de ofício, possa sanar ou convalidar defeitos de procedimento antes de pronunciar sentença, contra a qual não cabe recurso, apenas pedido de esclarecimento, no prazo de dois dias a contar de sua notificação, e de súplica, para os autos, no prazo de três dias. Ambos ante o próprio TC (LOTC arts. 93 y 94). As sentenças são emitidas por maioria de votos, tendo o Presidente voto de qualidade em caso de empate. A sentença, juntamente com eventual voto dissidente, é publicada no Boletim Oficial do Estado (BOE).

As decisões do TC no exercício de suas competências obrigam a todos os poderes do Estado (LOTC art. 87.1), inclusive e especialmente ao Poder Judiciário, cujo órgão máximo é o Tribunal Supremo (TS). Este, “com jurisdição em toda a Espanha, é o órgão jurisdicional superior em todas as ordens, salvo o disposto em matéria de garantias constitucionais” (CE art. 123.1). Portanto, o TC é um órgão especial – independente dos três poderes – responsável pela proteção da Constituição, estando situado no centro do sistema concentrado de justiça constitucional espanhola.

⁴ SÁNCHEZ AGESTA, Luis. Op. cit. p. 379-380.

⁵ O sistema espanhol exige, na prática, que cada parte tenha dois advogados: um exclusivamente para os trâmites junto aos órgãos do judiciário (Procurador) e outro para a redação das peças, sustentações orais etc. (Advogado).

2 O PARÂMETRO DE CONTROLE

A efetividade integral da Constituição faz com que o legislador espanhol seja obrigado a ter como referência não apenas as normas formalmente constitucionais, como também as chamadas normas interpostas, isto é, aquelas que não fazem parte do texto constitucional, mas são essenciais para que certos dispositivos constitucionais possam ser utilizados para determinar a validade de determinadas normas legais. Neste sentido, a repartição de poder entre o Estado e as Comunidades Autônomas confere aos Estatutos de Autonomia uma particular importância. Os parâmetros de constitucionalidade das normas são os seguintes:⁶

1ª) Parâmetros Constitucionais – todas as normas contidas na Constituição são constitucionais, o que quer dizer que não se pode distinguir entre conteúdos “preceptivos” e conteúdos “programáticos” (Sentença do Tribunal Constitucional - STC 80/1982). Não obstante, em relação aos “princípios diretivos da política social e econômica” (CE arts. 39 a 52), o TC decidiu que “...o valor da Constituição como norma... necessita ser modulado... nos termos do artigo 53.3 da CE” (necessidade de lei reguladora);

2ª) Parâmetros Não-Constitucionais – não são admitidos parâmetros que possam ser superiores à própria Constituição, como o direito natural. Por exemplo, na STC 53/85 sobre a descriminalização do aborto há votos particulares afirmando que na expressão “vida humana como valor superior do ordenamento jurídico constitucional” não se está operando com categorias próprias do direito, mas sim com as da ética;

3ª) “Bloque de la Constitucionalidad” – a LOTC art. 28 faz referência a outras leis que deverão ser consideradas em conjunto com a Constituição na apreciação da conformidade ou desconformidade das demais leis. O Bloco da Constitucionalidade, sem prejuízo de ser referido sempre à Constituição, resulta completo da seguinte maneira: **a)** pelo conceito de ‘constitucionalidade competencial’, que advém do parâmetro combinado da CE e do respectivo Estatuto de Autonomia⁷; **b)** as leis das Comunidades Autônomas podem ser contrastadas com seus respectivos Estatutos de Autonomia, partindo, é claro, de uma base concreta: que tais Estatutos estejam acordes com a Constituição; **c)** por imperativo do artigo 28.1 LOTC e, considerando as leis genéricas mencionadas, a STC 76/83 sinala que ‘o legislador não pode incidir, com caráter geral, no sistema de delimitação de competências entre o Estado e as Comunidades Autônomas, sem uma expressa previsão constitucional ou estatutária’; **d)** com base no art. 28.2 LOTC o TC pode declarar inconstitucional a norma que trate de matérias reservadas à lei orgânica⁸ (CE art. 81.1), se ela não tiver sido aprovada com a maioria constitucionalmente prevista. A contradição não é com a lei orgânica, mas com a própria CE (inconstitucionalidade formal); **e)** o TC toma em consideração a LOREG (Lei Orgânica do Regime Eleitoral Geral) como parâmetro da constitucionalidade dos preceitos autonômicos controvertidos (STC 154/88).

⁶ Texto elaborado pelo próprio TC e apresentado na VII Conferência de Tribunais Constitucionais in MONTORO PUERTO, Miguel Ángel. *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Tomo I, Madrid: Colex, 1991, p. 192-194.

⁷ O Estatuto de Autonomia é a “constituição” de uma Comunidade Autônoma.

⁸ Em linhas gerais a lei orgânica espanhola equivale à lei complementar brasileira.

Não obstante, Rubio Llorente⁹ considera que além do art. 28 da LOTC, o conceito de “bloque de constitucionalidad” também está formado por normas formalmente constitucionais: “umas, recolhidas no Título VIII da Constituição¹⁰, são normas primárias; outras, as que formam o corpo central do “bloque”, isto é, as normas de delimitação de competências contidas nos Estatutos de Autonomia, são normas constitucionais secundárias.” A justificativa é que “o que caracteriza a norma constitucional é a indisponibilidade para o legislador ordinário, e este nem pode por si só aprovar os Estatutos de Autonomia, nem pode hoje, dadas as previsões neles contidas acerca de sua Reforma, modificá-los ou derogá-los.” Assim, as Comunidades Autônomas participam na determinação da chamada “Constituição Total” do Estado “limitando o âmbito de ação dos poderes centrais ao definir as próprias competências.”

Além das normas constitucionais primárias e secundárias, o citado autor inclui outras de nível infraconstitucional: **a)** as previstas expressamente na Constituição como normas de delimitação de competência ou de regulação no exercício de competências estatutárias concretas (CE arts. 149.1.29, 152.1 e 157.3); **b)** as que têm uma expressa habilitação ao legislador (especialmente CE art. 150); **c)** as incluídas no “bloque” por remissão de alguns Estatutos de Autonomia, como, por exemplo, o Estatuto de Rádio e Televisão, a que se remetem os Estatutos de Catalunha (art. 16.1), Galiza (art. 43.1) e Andaluzia (art. 16.1).

3 O OBJETO DE CONTROLE

Podem ser objeto de juízo de conformidade com a Constituição as leis e as disposições normativas com força de lei:¹¹ Estatutos de Autonomia, as Leis (orgânicas e ordinárias), os Decretos-Lei, os Decretos legislativos, os Tratados Internacionais, os Regimentos das Câmaras Legislativas, assim como as leis e as normas com força de lei das Comunidades Autônomas (Leis, Decretos legislativos e Regimentos de suas Assembléias).

Essa enumeração não é tão simples como possa parecer. Trujillo Fernández¹² indica alguns problemas importantes:

a) Os *Decretos-Lei* são normas legislativas provisórias que podem ser dadas pelo Governo em caso de extraordinária e urgente necessidade. O TC tem considerado que estes pressupostos, apesar de configurarem um juízo puramente político dos órgãos dirigentes do Estado, também podem ser levados a exame de conformidade constitucional, a par do conteúdo do Decreto-Lei (STC 111/1983).

b) Se um *Decreto Legislativo* incorre em excesso de delegação, o TC entende que o controle é responsabilidade concorrente das jurisdições constitucional e ordinária, como resulta da CE 82.6 e da LOTC 27.2.b (STC 47/1984).

⁹ RUBIO LLORENTE, Francisco. “El bloque de constitucionalidad”. In: *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 78 y ss.

¹⁰ TÍTULO VIII. De la organización territorial del Estado.

¹¹ CE art. 161.1. e LOTC arts. 27.2 e 32.1.

¹² TRUJILLO FERNÁNDEZ, Gumersindo. “Recurso de Inconstitucionalidad”. In ARAGÓN REYES, Manuel (coord.). Op. cit. p. 38-39.

c) Além dos *Regimentos Parlamentares* estatais e autonômicos (LOTC art. 27.2.d e f), são passíveis de controle ante o TC as *normas parlamentares internas* ditadas por seus Presidentes no exercício de suas funções interpretadoras e integradoras dos regimentos (STC 118/1988). Rubio Llorente¹³ considera que apesar de não haver referência explícita a regimentos de outros órgãos constitucionais, como o Conselho Geral do Poder Judiciário e do próprio TC, a impugnação em qualquer outra via que não a constitucional parece duvidosa.

d) A tarefa de garantir a correta aplicação das *normas de Direito comunitário europeu* por parte dos poderes públicos nacionais é, segundo o TC, uma questão de caráter infraconstitucional não passível de Recurso de Amparo e das demais ações constitucionais (STC 64/1991). As normas de Direito comunitário não são dotadas de nível e força constitucionais. Uma eventual infração daquelas normas por uma disposição espanhola não implica necessariamente uma transgressão da CE art. 93 (STC 28/1991).

e) A Declaração de 1º de julho de 1992 do TC, em resposta à consulta do Governo por ocasião do Tratado de Maastricht, confirmou a compatibilidade entre o controle *a posteriori* mediante o juízo de constitucionalidade dos *Tratados internacionais* (LOTC art. 27.2.c) e o exame preventivo da conformidade com a Constituição (LOTC art. 78), com o efeito previsto na CE art. 95.1.

f) A questão das *normas pré-constitucionais com força de lei* pode ser resolvida pela determinação de sua vigência (critério temporal da *lex posterior*) - tarefa que compete ao Juiz ordinário – ou de sua validade (critério hierárquico), cuja resolução está reservada à jurisdição constitucional. “Os Juízes e Tribunais não devem aplicá-las se entenderem que foram derogadas pela Constituição, por opor-se à mesma; ou podem, em caso de dúvida, submeter este tema ao TC pela via da Questão de Inconstitucionalidade” (STC 4/1981).

g) O controle das *normas reformadoras da Constituição* não está previsto no elenco da CE art. 161 e da LOTC art. 27, fato que tem merecido a crítica de Pedro de Vega¹⁴ principalmente no que se refere às reformas dispensadas de ratificação por referendo. A opinião majoritária, no entanto, as considera com a mesma natureza das normas constitucionais, o que faria injustificado tal controle.

As normas subordinadas (objeto do controle) padecem de um vício de inconstitucionalidade *formal*, quando os parâmetros constitucionais impõem determinadas regras instrumentais, de procedimento ou de competência para o processo legislativo de sua criação. Se prescrevem ou excluem conteúdos para essas normas, o vício é *material*.

4 RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDADE (RI)

O Recurso de Inconstitucionalidade é a ação mais típica do sistema concentrado espanhol de controle das normas. Com ele é possível aceder diretamente o TC para tentar impugnar total ou parcialmente leis ou disposições normativas com força de lei,

¹³ RUBIO LLORENTE, Francisco. “La jurisdicción constitucional en España”. In: op. cit. p. 384.

¹⁴ VEGA, Pedro de. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 296 y ss.

através da obtenção de uma sentença com efeitos gerais. A exemplo de seu predecessor alemão, no qual se inspirou, é um processo objetivo (abstrato ou em tese), que confronta unicamente a lei com a Constituição, sem que haja um litígio concreto ou interesses pessoais envolvendo partes. Apenas um pequeno número de sujeitos jurídico-públicos, expressamente arrolados na Constituição (CE art. 162.1.a) e na Lei Orgânica (LOTC art. 32.1), está legitimado a interpor essa ação: o Presidente do Governo, o Defensor do Povo, um mínimo de cinquenta Deputados ou cinquenta Senadores, assim como os órgãos colegiados executivos das Comunidades Autônomas (Governos) e as Assembléias das mesmas, mas estas apenas para impugnar normas do Estado que “possam afetar a seu próprio âmbito de autonomia”.

Trujillo Fernández¹⁵, assevera que a legitimação do *Presidente do Governo* (Primeiro Ministro) para impugnar pela via direta as leis estatais aprovadas no Parlamento, de cuja confiança necessita, parece não ser coerente com o sistema parlamentarista, mas se justifica pelo fato de não ser impossível a ocorrência de um câmbio de maioria e de Governo dentro do prazo de três meses para interpor o Recurso. O *Defensor do Povo*, como alto comissionado das “Cortes Generales”¹⁶, que o designa para defender os direitos compreendidos no Título primeiro da Constituição (Direitos e Deveres Fundamentais), supervisiona as atividades da Administração e depois presta conta ao Parlamento. Sua legitimação para impugnar leis estatais pode parecer polêmica, não obstante, possibilita aos particulares intervir nesta matéria por seu intermédio. A legitimação de um mínimo de cinquenta deputados ou cinquenta senadores garante às minorias parlamentares o direito a dissentir juridicamente das maiorias, o que não significa que a interposição do Recurso esteja sempre isenta de motivações políticas. Configuram um agrupamento ocasional – *ad hoc* – que tem o objetivo de impugnar a validade constitucional de uma lei, sem que se exija a vinculação a qualquer dos grupos parlamentares (STC 42/1985). Finalmente, no que se refere à legitimação dos *Governos e Assembléias das Comunidades Autônomas* para impugnar normas do Estado, que possam afetar a seu próprio âmbito de autonomia, Rubio Llorente¹⁷ lembra que o TC mudou sua antiga interpretação restritiva dessa limitação (STC 25/1981), para uma tão ampla, que a reduziu a quase nada (STC 199/1987).

A Constituição não estabelece um prazo máximo para a interposição do RI, mas a LOTC art. 33.1 o fixou em três meses a partir da publicação da norma questionada. O prazo é preclusivo e não admite interrupção. Desde janeiro de 2000 se faculta ao Presidente do Governo e aos Governos das Comunidades Autônomas um prazo de nove meses, sempre que haja acordo de negociações sobre a matéria no âmbito da Comissão Bilateral de Cooperação entre o Governo Geral e a respectiva Comunidade Autônoma nos termos da LOTC art. 33.2. Isso não impede que os demais legitimados interponham o RI dentro do prazo normal de três meses (LOTC art. 33.3). É curioso verificar que o fim da legislatura, inclusive por dissolução do Parlamento, prorroga a legitimação dos parlamentares até a conclusão do prazo para recorrer (ATC 547/1989).

¹⁵ TRUJILLO FERNÁNDEZ, Gumersindo. Op. cit. pp. 41-42.

¹⁶ Câmara dos Deputados e Senado.

¹⁷ RUBIO LLORENTE, Francisco. “La jurisdicción constitucional en España”. In: op. cit. p. 388.

O procedimento é sempre escrito. São partes o autor e o Parlamento que criou a lei. Não obstante, a prática tem demonstrado que apenas os Parlamentos das Comunidades Autônomas comparecem para defender suas leis, ficando a defesa das normas das “Cortes Generales” unicamente pelo Governo. A admissão do Recurso apenas suspende a vigência ou a aplicação da lei, se o Presidente de Governo impugna normas de uma Comunidade Autônoma. Nesse caso, o TC tem o prazo de cinco meses para ratificar ou levantar a suspensão (CE art. 161.2 e LOTC art. 30), decisão que normalmente leva em consideração a maior ou menor probabilidade de anulação da norma em questão.

O modo ordinário de concluir o processo é através de *sentença*, mas pode ser por despacho em caso de não admissão, desistência etc. Concluído o prazo de 15 dias para representação e formulação de alegações, o TC teria o prazo de dez dias, prorrogável por mais trinta, para ditar a sentença (LOTC art. 34.2), mas tem consumido em média dois anos nessa tarefa.¹⁸ Seu conteúdo e dos eventuais votos particulares, devem ser publicados no BOE, tendo valor de *coisa julgada* a partir do dia seguinte ao de sua publicação, sem que caiba recurso, exceto nos casos em que a improcedência haja sido declarada por razões de forma (LOTC art 29.2), admitindo-se às partes pedir esclarecimento no prazo de dois dias. As sentenças de declaração de inconstitucionalidade total ou parcial de lei ou de norma com força de lei e todas as que não se limitem a prover subjetivamente um direito, além do valor de coisa julgada, têm efeitos *erga omnes* e vinculam a todos os poderes públicos (CE art. 164.1 e 2 e LOTC art. 38.1). O TC poderá estender a declaração de inconstitucionalidade a outros preceitos da mesma lei, por conexão ou conseqüência, assim como embasá-la em qualquer preceito constitucional, mesmo que não haja sido invocado no processo (LOTC art. 39.1 e 2).

A declaração de inconstitucionalidade normalmente implica a nulidade dos preceitos afetados, mas o TC poderá eventualmente deixar de declarar a nulidade – e portanto seus efeitos retroativos – caso ela possa gerar situações de insegurança jurídica ou prejuízos à sociedade. Por exemplo, em leis orçamentárias. Há também limites à retroatividade impostas por lei orgânica nos casos de sentenças com força de coisa julgada, com exceção de processos penais ou contencioso-administrativos, ou que pressuponham uma graduação dos efeitos.

5 QUESTÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE (QI)

A Constituição Espanhola não deixa margem a dúvidas no que se refere à eficácia direta de suas normas, a que todos os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos (CE arts. 9.1 e 53.1). Por isso, todos os juizes e tribunais devem necessariamente confrontar a lei com a Constituição em seus julgamentos. Isto significa que a aplicação judicial das normas constitucionais não é responsabilidade exclusiva do TC, mas se estende a todo o Poder Judiciário. Não obstante, o rechaço de leis posteriores à Constituição é monopólio do TC. A norma mantém sua presunção de validade enquanto não for declarada inconstitucional pelo Alto Tribunal. Por conseguinte, o Poder Judiciário tem a obrigação

¹⁸ *Ibidem* p. 389.

de controlar a constitucionalidade das normas envolvidas num conflito concreto, sem poder ele próprio deixar de aplicá-las ou de rechaçá-las.

O Poder Constituinte originário resolveu essa situação criando um recurso incidental de inconstitucionalidade (CE art. 163) - denominado Questão de Inconstitucionalidade (QI) pela LOTC (arts. 35-37) -, que permite aos juizes e tribunais encaminhar ao TC eventual dúvida sobre a constitucionalidade de uma lei, considerada essencial para a resolução do caso concreto que estejam examinando. A legitimação para argüir a QI é, portanto, exclusiva de um juiz ou de um tribunal, mas são indispensáveis alguns requisitos: “a) em caráter prévio, a existência de um processo sendo examinado por um juiz ou um tribunal; b) força de lei da norma ou normas a serem questionadas; c) contradição, segundo o critério do órgão judicial, da dita norma com determinados preceitos constitucionais; d) dependência, na resolução do processo principal, da validade da norma legal aplicável.”¹⁹ A QI pode ser argüida de ofício ou a pedido da parte. As partes têm o direito de instar o juiz ou o tribunal a encaminhar a QI ao TC, mas cabe ao órgão judicial decidir - de forma discricionária e irrecurível se o faz ou não. Não obstante, o pedido pode ser renovado em instâncias superiores até haver uma sentença definitiva (LOTC art. 35).

A LOTC exige que o questionamento ocorra apenas depois de concluídos os procedimentos e dentro do prazo para ditar a sentença (art. 35.2). Essa exigência vem sendo flexibilizada pelo TC, que tem admitido a Questão a trâmite, mesmo quando a norma é aplicada para fundamentar decisões interlocutórias, de simples execução (STC 76/1982) ou quando não fundamenta uma decisão própria, mas deveria ter sido aplicada por outras autoridades, responsáveis por algum ponto da execução da própria sentença (STC 54/1983). A inadmissão somente pode ocorrer depois de prévia manifestação do Ministério Público, se faltarem as condições processuais para sua tramitação ou se for notoriamente infundada (LOTC art. 37.1).

A admissão da QI suspende o processo concreto (*a quo*) até que haja uma decisão definitiva do TC, apesar da CE art. 163 dizer o contrário.²⁰ O trâmite da Questão no Alto Tribunal é similar ao do RI, assim como seus efeitos na depuração objetiva do ordenamento (os efeitos das sentenças são os mesmos). Ainda que a QI tenha origem num processo concreto, não pertence ao âmbito do controle concreto de constitucionalidade, cujas decisões são ditadas pelos próprios juizes e tribunais do Poder Judiciário e têm efeitos meramente *inter partes*, como ocorre no Brasil. Por conseguinte, Recurso e Questão são mecanismos abstratos de controle.

Importante destacar que a improcedência de um RI não impede uma ulterior interposição de uma QI versando sobre a mesma norma. Uma modificação introduzida na LOTC 38.2 (LO 7/1999) clarificou e confirmou uma possibilidade que a jurisprudência do TC já havia consagrado (*v.g.* STC 20/1998 F. 2[RTC 1988, 20]). Ainda que nesses casos o TC sempre possa alegar notória falta de fundamento para não admitir a Questão,

¹⁹ RIVAS MAURA, Andrés, *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid: Civitas, 1991, p. 51.

²⁰ CE 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.**”

até porque há uma sentença anterior que resolveu o mérito, o importante é que já não existe mais obstáculo legal impedindo o Alto Tribunal de fazer uma interpretação evolutiva da CE, adaptando-a aos câmbios históricos. Algo semelhante ocorre com as chamadas sentenças interpretativas, que supõem uma procedência parcial. A sobrevivência do preceito no ordenamento permite que seja tentada sua impugnação via Questão de Inconstitucionalidade.

6 CONTROLE PRÉVIO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

O controle jurisdicional de constitucionalidade espanhol é fundamentalmente repressivo (*a posteriori*), mas a CE art. 95.2 prevê a possibilidade de submissão preventiva dos tratados internacionais ao TC (LOTC art. 78), para que declare se eles contêm ou não estipulações contrárias à Constituição. O controle prévio dos tratados internacionais, de nítida inspiração francesa – é análogo ao art. 54 da Constituição francesa – constitui-se em exceção à marcada influência germânica no controle espanhol. Contudo, não é um instrumento carente de lógica em termos jurisdicionais. Se a declaração de nulidade de uma lei é sempre algo traumático para o sistema, mais ainda se for um tratado internacional, pela obviedade de afetar também interesses de terceiros países. Assim que os cuidados devem ser ainda maiores.

Os legitimados são o Governo ou qualquer das Câmaras legislativas, que o farão através de requerimento dirigido ao TC. A decisão de requerer no *Congreso* (Câmara dos Deputados) é do Pleno, por iniciativa de dois Grupos parlamentares ou uma quinta parte dos Deputados (Regimento do Congresso art. 157). No Senado a faculdade de propor pertence a um Grupo parlamentar ou a vinte e cinco Senadores (Regimento do Senado art. 147). Para que tal ocorra, o texto do tratado deverá estar definitivamente fixado, mas sem que o Estado haja prestado sua concordância. O controle prévio é facultativo e somente será objeto de requerimento se o Governo ou as Câmaras legislativas tiverem fundadas dúvidas sobre a constitucionalidade de determinada estipulação. O pronunciamento do TC sobre a adequação ou não à Norma Fundamental deverá ser dado num prazo máximo de dois meses, a partir do recebimento do requerimento. No primeiro mês serão convocados o solicitante e os demais legitimados para que expressem sua opinião sobre a questão. Ademais, o Alto Tribunal está autorizado a solicitar – a qualquer tempo - informações pertinentes deles ou de outras pessoas naturais ou jurídicas.

A natureza do controle prévio dos tratados – se jurisdicional ou meramente consultiva - foi objeto de controvérsia basicamente até a Declaração de 1º de julho de 1992 (Tratado da União Européia), quando o TC sinalou que “ainda que esse procedimento não possua necessariamente natureza contenciosa, não por dita circunstância se vê alterada a posição do Tribunal como intérprete supremo da Constituição. Como em qualquer outro procedimento, o Tribunal atua aqui como o órgão jurisdicional que é e sua declaração, portanto, não pode senão basear-se em argumentações jurídico-constitucionais, ...”. As óbvias peculiaridades desse mecanismo não são suficientes para tirar sua natureza jurisdicional.

Outro dado a ser considerado é o de que a declaração do TC tem força vinculante

(LOTC art. 78.2). Se, portanto, a decisão avaliar que alguma estipulação for inconstitucional, o Tratado somente poderá ser ratificado após uma reforma da Constituição. Finalmente, a declaração de constitucionalidade confere uma presunção material de constitucionalidade ao Tratado, mas que não impede futura impugnação mediante RI, QI e, inclusive, Recurso de Amparo.²¹ Sabidamente, as mudanças culturais e sociais geram fenômenos de mutação constitucional, que tornam inconstitucionais normas antes havidas como válidas. Uma reforma constitucional pode ter idêntico efeito e, ademais, certas inconstitucionalidades somente são percebidas ao aplicar-se um preceito a um caso concreto. Esta possibilidade de controle *a posteriori* marca uma diferença fundamental entre o controle prévio espanhol e o francês.

Registre-se que até 1985 o Art. 79 da LOTC - ao amparo da cláusula aberta da CE art. 161.1.d - previa também a existência de um controle prévio dos Estatutos das Regiões Autônomas e das Leis Orgânicas, cujo acionamento suspendia imediatamente o procedimento legislativo e não impunha um prazo máximo para o pronunciamento do TC, que assim tinha o poder de decidir discricionariamente quando uma lei orgânica, já aprovada pelas câmaras, poderia entrar em vigor. A derrogação desse controle se deveu, segundo Sánchez de Vega²², a três fatores principais:

a) concebido pelo legislador como um instrumento de utilização *in extremis*, seu uso reiterado como mecanismo de prolongação do tempo do *iter* parlamentar, lhe converteu numa espécie de fase de pendência da tramitação dos projetos de leis orgânicas;

b) impediu à maioria do Parlamento atuar as opções políticas previstas no programa de governo, pois limitou sua execução temporal, afetando a relação entre as Câmaras e o Governo, que num regime parlamentarista se encontra em grande medida fundada na relação de confiança do Legislativo pelas principais linhas de política legislativa do Executivo;

c) degenerou numa espécie de veto suspensivo do procedimento de aprovação das leis orgânicas, trasladando ao TC um papel que não lhe correspondia.

7 RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL (RA)

O antecedente mais próximo do Recurso de Amparo espanhol encontra-se na Constituição de 1931, que previa uma ação a ser julgada pelo Tribunal de Garantias Constitucionais em caso de vulneração de garantias individuais. Apesar de haver funcionado precariamente, significou uma inovação num sistema europeu impregnado pelas idéias de Kelsen, que tão somente admitia o controle de constitucionalidade das normas. A finalidade essencial do atual Recurso de Amparo²³ é a proteção dos cidadãos, em sede constitucional, frente às violações dos direitos fundamentais e liberdades públicas - reconhecidas na CE arts. 14 a 29 e 30.2 - perpetradas por atos dos poderes públicos.

²¹ RUBIO LLORENTE, Francisco. "La jurisdicción constitucional en España". In: op. cit. p. 393, Nota 56.

²² VEGA GARCÍA, Agustín Sánchez de. "Acerca del Recurso Previo de Inconstitucionalidad". In: *Revista de las Cortes Generales (Separata)*, n. 23. Madrid, Segundo Cuatrimestre, 1991, p. 62-63.

²³ Trata-se de uma garantia descrita sucintamente na CE arts. 53.2; 161.1.b e 162.1.b, e mais bem desenvolvida na LOTC arts. 41 a 58.

Entre outros, igualdade, vida, liberdade, honra, ir e vir, expressão, reunião, associação, tutela efetiva de juizes e tribunais.

Interessante verificar que nem todos os direitos e liberdades são passíveis de RA, pois a enumeração antes referida é taxativa (*numerus clausus*). Ficam de fora, portanto, os direitos descritos na CE arts. 30 a 38 com exceção do art. 30.2 (objeção de consciência), que perdeu sua razão de ser com a abolição do serviço militar obrigatório. Entre outros, propriedade privada, herança, trabalho, profissão, livre iniciativa e sindicalização. Ademais, o TC não considera autênticos todos os direitos e liberdades constantes da lista dos protegidos. Os arts. 16.3 (dever de colaboração do Estado com a Igreja Católica e outras confissões) e 25.2 (reeducação e inserção social do preso) são tidos como um mero mandato ao legislador, dos quais não derivam direitos subjetivos (STC 93/1983 e 28/1988). Pelo que, não se admite Recursos de Amparo baseados neles. No mesmo sentido, apenas os apartados 1, 3 e 6 do art. 27 (ensino) são considerados direitos de liberdade (STC 86/1985 – para o apartado 9). Finalmente, por contraditório que possa parecer, os direitos e liberdades garantidos por tratados e convênios internacionais, apesar de servirem de parâmetro de interpretação para os direitos e liberdades constitucionais (CE art. 10.2), não podem ser alegados ante um juízo de amparo, porque não têm nível constitucional (STC 120/90).

Também são suscetíveis de impugnação por esta via os atos *sem valor de lei* das duas Câmaras Legislativas ou das Assembléias Legislativas das Comunidades autônomas (CE art. 42), os atos dos Governos e das Administrações estatais e regionais (CE art. 43) e os atos ou omissões dos órgãos judiciais (CE art. 44). Ainda que não seja possível impugnar diretamente uma lei em sede de RA, é possível alegar sua inconstitucionalidade se o ato em questão vulnera um direito fundamental por basear-se em dita lei. Neste caso, a Sala julga o Amparo e eleva ao Pleno a decisão sobre a inconstitucionalidade da lei. É a chamada Auto-questão de Inconstitucionalidade (LOTIC art. 55.2).²⁴

Em princípio, os atos das pessoas privadas estão fora do âmbito do RA. Contudo, como cabe aos juizes e tribunais fazer efetivos os direitos fundamentais nas relações entre particulares (CE art. 24.1), eles têm a obrigação de impedir ou reparar eventuais violações, que ocorram neste âmbito, nos processos que julguem. Se não o fazem, eles próprios cometem uma violação e, como poderes públicos, podem ter seus atos impugnados através de Amparo (LOTIC art. 44.1.b). São situações bastante comuns nas relações laborais. O direito espanhol assume assim a teoria alemã da *Drittwirkung der Grundrechte* ou eficácia dos direitos fundamentais frente aos particulares.

Neste sentido, Ángela Figueruelo²⁵ afirma que “a extensão do objeto do amparo se levou a cabo por duas vias: mediante a incorporação no conteúdo de um direito suscetível de amparo de outro em principio alheio ao mesmo. E, por meio da aplicação instrumental de um direito suscetível de amparo, especialmente o da igualdade (art. 14 da CE) ou da tutela judicial efetiva (art. 24.1 da CE).” Essa interpretação ampla e extensiva

²⁴ Tema desenvolvido no item seguinte.

²⁵ FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *El recurso de amparo: estado de la cuestión*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001, p. 41, 44, 55 e seg.; da mesma autora, especificamente sobre o art. 24.1 da CE: *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid: Tecnos, 1990.

do TC “tem provocado que a maior parte das resoluções dos juízes e tribunais ordinários sejam recorríveis em amparo, convertendo em objeto do recurso não só os erros *in iudicando* mas também qualquer erro *in procedendo*.” Não por outro motivo, o RA é hoje o responsável por mais de 95% do trabalho do TC, sendo, do ponto de vista quantitativo, sua obra mais importante.²⁶

Pérez Tremps²⁷ indica quatro características básicas do Recurso de Amparo. A **primeira** é que *não se trata propriamente de um recurso*, mas de uma ação constitucional, ou seja, uma ação autônoma. Com efeito, ele não é uma reprodução pura e simples de uma ação ante um órgão superior dentro de uma determinada ordem jurisdicional (uma nova instância ou um último elo), mas tem um objeto concreto e determinado - garantir um direito fundamental - e ocorre ante um órgão alheio ao Poder Judiciário: o TC. A **segunda** é seu *caráter extraordinário*, pois nem todas as matérias podem ser objeto de Amparo, mas apenas aquelas previstas na CE (arts. 14 a 29 e 30.2). Pelo que, tanto o fundamento (vulneração de um direito fundamental), como o objeto do Recurso de Amparo (garantir esse direito) são extraordinários. A **terceira** é seu *caráter subsidiário* (LOTIC arts. 43 y 44): somente após esgotada a via ordinária, ou seja, após buscar sem resultado a tutela de direitos fundamentais ante os juízes e tribunais (amparos ordinários - CE art. 53.2 - e demais ações), se pode aceder ao TC em Amparo (STC 227/1999). Se inclui neste âmbito o requisito da “invocação prévia” do direito vulnerado no processo, tão pronto seja conhecida a violação. E, obviamente, estão excluídos os atos definitivos sem valor de lei das Câmaras e Assembléias (LOTIC art. 42). A **quarta** característica é a de sua *flexibilidade processual*, que advém diretamente do fato de tratar-se de uma garantia de direitos fundamentais. A interpretação flexível de seus requisitos formais deve permitir o cumprimento eficaz da função de tutela, mas preservando a segurança jurídica e não causando lesões a direitos de terceiros.

Todas as pessoas naturais ou jurídicas, privadas ou públicas, que invoquem um interesse legítimo, assim como o Defensor do Povo e o Ministério Fiscal, estão legitimados para interpor o RA (CE art. 162.1.b). Se o ato emanou das Câmaras ou das Assembléias legislativas, cabe à pessoa diretamente afetada interpor o recurso no prazo de três meses, a partir do dia que as normas internas destes órgãos o considerem definitivo (LOTIC arts. 42 e 46.1.a). Nos demais - atos do Governo e das Administrações estatais e regionais, e dos órgãos judiciais - a quem haja sido parte no processo judicial prévio, dentro do prazo de vinte dias seguintes à notificação da resolução judicial (LOTIC arts. 43, 44 e 46.1.b). O Defensor do Povo e o Ministério Fiscal, que têm a missão comum de garantir os direitos e liberdades fundamentais, podem interpor o recurso contra qualquer desses atos, mas têm feito um uso muito escasso dessa faculdade. Ademais, o Ministério Fiscal deve intervir em todos os processos (LOTIC art. 47.2).

Sua tramitação está descrita basicamente na LOTIC (arts. 48 a 52). Como qualquer outra, a demanda deve ser apresentada por Procurador e sob direção de Letrado. As partes são o recorrente, o Ministério Fiscal, em todos os casos, e o Advogado do Estado,

²⁶ RUBIO LLORENTE, Francisco. “La jurisdicción constitucional en España”. In: op. cit. p. 403 e Nota 84.

²⁷ PÉREZ TREMPES, Pablo. “Recurso de Amparo”. In ARAGÓN REYES, Manuel (coord.). Op. cit. p. 66-67.

quando o ato recorrido tenha sido da Administração. Se prevê ainda a participação – em caráter de coadjuvantes ou demandados – das pessoas a quem favorece o ato impugnado ou que tenham um interesse legítimo nele, mas o normal é que sejam apenas os participantes do processo prévio. A admissão dos recursos é resolvida por Seções integradas por três Magistrados. Apenas o Ministério Fiscal pode recorrer de eventual inadmissão. Quase 90% das demandas não logram superar os requisitos da LOTC (art. 50). Admitido o recurso, a Sala julgadora requer ao órgão ou autoridade responsável pelo ato impugnado, ou ao Juiz ou Tribunal, que conheceu do procedimento precedente, para que remeta os autos no prazo de dez dias. Posteriormente, dará vista dos autos a todas as partes, por um prazo comum de vinte dias, durante o qual poderão apresentar as alegações pertinentes. Estas poderão ser substituídas pela celebração de vista oral, se assim decide a Sala, de ofício ou a pedido da parte. É a única demanda ante o TC que permite essa possibilidade.

A demanda fixa os limites do processo, sem que estes possam ser posteriormente ampliados (STC 180/1993). Se não houver desistência ou perda de objeto em seu curso, o processo culminará numa sentença procedente ou improcedente. Se o amparo for outorgado, a sentença poderá conter até três tipos de pronunciamentos: a) declaração de nulidade do ato, com a possibilidade de modular a extensão de seus efeitos; b) reconhecimento do direito ou liberdade pública; c) restabelecimento integral do direito do recorrente e adoção de medidas adequadas à sua conservação (LOTC art. 55.1.a.b.c). Há, portanto, uma grande flexibilidade.

8 AUTO-QUESTÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A “Autocuestión de Inconstitucionalidad”, que alguns autores preferem chamar “Cuestión Interna de Inconstitucionalidad” ou “Control Sucesivo de Constitucionalidad” não está prevista na CE, mas na LOTC art. 55.2: “declarado procedente o Recurso de Amparo porque a lei aplicada lesa direitos fundamentais ou liberdades públicas, a Sala elevará a questão ao Pleno, que poderá declarar a inconstitucionalidade de dita lei em nova sentença...”. Ángela Figueruelo²⁸ destaca que “o artigo 55.2 propicia uma ampliação dos poderes do Tribunal Constitucional. Sendo uma exceção ao princípio rogatório, possibilita que toda lei detectada num processo de amparo como inconstitucional (por lesar direitos fundamentais ou liberdades públicas) possa ser anulada. A garantia da adequação das leis à Constituição é subtraída da livre disponibilidade dos particulares recorrentes e se assegura a primazia da Constituição pela atuação do TC”.

A Auto-questão é uma peculiaridade espanhola, que não encontra similar nos demais países do sistema europeu. Como antes visto, o Recurso de Amparo pode ser interposto apenas contra atos não normativos. Quando a lesão do Poder Público objeto do RA ocorre como consequência da aplicação de uma lei, a responsabilidade obviamente deixa de ser do órgão judicial ou administrativo e passa a ser do órgão legislativo. Nestes

²⁸ FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. “Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad (Art. 55.2 de la LOTC)”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 21. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Septiembre-Diciembre, 1987. pp. 248 e 249.

casos, a Sala que declarou procedente o RA deverá elevar a questão ao Pleno, para que ele se manifeste acerca da (in)constitucionalidade da norma, seguindo os mesmos trâmites da Questão de Inconstitucionalidade. Tal sucede para evitar no futuro a repetição da violação, pois a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos de coisa julgada, gerais e vinculantes (LOTC arts. 37 e 38).

Interessante observar que o órgão julgador do Recurso de Amparo normalmente é uma das Salas do TC, mas há situações especiais em que a LOTC admite o julgamento pelo Pleno (arts. 10.k e 13). Como também está obrigado a ater-se aos limites da demanda, não é permitido ao Pleno julgar nesse âmbito eventual inconstitucionalidade de uma norma com força de lei. Por isso, deverá argüi-la a si próprio.²⁹ Haverá duas sentenças, pois os procedimentos são de natureza distinta: uma da Sala ou do Pleno para o Recurso de Amparo - argüida por uma pessoa - e outra do Pleno para a Auto-questão - argüida de ofício pela Sala ou por ele mesmo. Portanto, a Auto-questão não é propriamente incidental ao processo de Amparo, o que suporia que este fosse o principal. Seria incidental se a sentença de Amparo da Sala (ou do próprio Pleno) dependesse de prévia decisão do Pleno sobre a constitucionalidade de determinada norma, a exemplo do que sucede com certos processos da justiça ordinária, em que os juizes ou tribunais encaminham ao TC uma Questão de Inconstitucionalidade e aguardam a decisão com o processo concreto suspenso.³⁰ Na Auto-questão, pelo contrário, a sentença de Amparo, seja da Sala, seja do Pleno, é sempre anterior à sentença sobre a constitucionalidade e, ao menos formalmente, independente.

Em princípio, a Auto-questão encontra seus limites nos preceitos protegidos pelo Recurso de Amparo, mas se algum deles conectar-se conceitualmente com outros preceitos, a declaração de nulidade pode ser excepcionalmente estendida (STC 209/1988 e STC 45/1989).³¹

9 CONFLITOS CONSTITUCIONAIS

O conhecimento dos conflitos de competência entre o Estado espanhol e as Comunidades Autônomas, ou destas entre si, é atribuído pela CE (art. 161.1.c) e pela LOTC (art. 59) ao TC. A cláusula aberta do art. 161.d da CE permitiu à LOTC ampliar essa competência aos chamados conflitos de atribuições entre órgãos constitucionais do Estado – Governo, Câmara dos Deputados, Senado e Conselho Geral do Poder Judiciário. A possibilidade do Governo impugnar junto ao TC disposições regulamentares das Comunidades Autônomas foi incluída graças a uma interpretação extensiva da CE (art. 161.2). Mais recentemente a Lei Orgânica 7/1999 adicionou um novo Capítulo (o IV) ao Título IV da LOTC, agregando os conflitos em defesa da autonomia local – municípios e províncias - frente ao Estado ou a uma Comunidade Autônoma.

²⁹ A rigor esta seria a “verdadeira” *autocuestión*, pois é argüida pelo Pleno a si próprio. Quando suscitada por uma Sala ao Pleno não há identidade de partes.

³⁰ O controle incidental de constitucionalidade brasileiro é outro exemplo.

³¹ PÉREZ TREMPES, Pablo. “Comentario al Art. 55 LOTC”. In: REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, 2001, p. 876 e 877.

Todos esses conflitos são julgados exclusivamente pelo Pleno do TC (LOTC art. 10.b), que atua assim como uma autêntica peça de equilíbrio de uma ordenação complexa de poder, que é o Estado das Autonomias. Ao afirmar a submissão de todos os poderes constitucionais ao Direito, lembra Sánchez Agesta,³² o Estado “sublinha o caráter de poderes limitados de todos os órgãos cujas competências estão definidas pela Constituição ou pelas leis. E esse é um dos perfis capitais do Estado de Direito”.

9.1 Conflitos entre o Estado e as Comunidades Autônomas ou destas entre si

A CE (art. 161.1.c) e a LOTC (art. 59.1.a-b) determinam que cabe ao TC dirimir os conflitos entre o Estado e uma ou mais Comunidades Autônomas ou de duas ou mais Comunidades Autônomas entre si, surgidas da aplicação de competências previstas diretamente pela Constituição, pelos Estatutos de Autonomia ou pelas Leis orgânicas e ordinárias. Ainda que a tutela dessa distribuição de competências possa ser exercida pela justiça ordinária e pelo próprio TC (este ao resolver Recursos e Questões de Inconstitucionalidade), “o conflito é um tipo de processo especial e exclusivamente desenhado para dirimir as controvérsias relativas à titularidade ou ao modo de exercício de tais competências”.³³ As decisões do TC em tais conflitos vinculam a todos os poderes públicos e têm efeitos *erga omnes*. Os conflitos de competência estão regulados na LOTC (arts. 60-72) e podem ser *positivos* ou *negativos*.

a) Conflitos Positivos

Estão legitimados para suscitar o conflito positivo de competência o Governo do Estado e o órgão equivalente das Comunidades Autônomas. Seu objeto é amplo, pois abarca as normas (disposições) e os atos concretos (atos ou resoluções) dos órgãos do Estado e das Comunidades Autônomas, que supostamente não respeitam a ordem de competência estabelecida na Constituição (arts. 148-150), nos Estatutos ou nas Leis. A tramitação do conflito se dá sempre através de um procedimento escrito e tem características distintas, conforme haja sido interposto pelo Governo do Estado ou por uma Comunidade Autônoma. Somente o Governo pode suscitar o conflito diretamente ao TC no prazo de dois meses da publicação da disposição ou da realização do ato impugnado e, ademais, suspender sua vigência, invocando o art. 161.2 da CE. Não obstante, para evitar problemas de natureza política, tem optado normalmente por seguir o mesmo trâmite a que estão obrigadas as Comunidades Autônomas. Estas devem fazer um requerimento prévio ao Governo do Estado no prazo de dois meses da publicação da norma ou da realização do ato impugnado, possibilitando assim uma solução negociada. Uma vez recebido o requerimento, o Governo tem o prazo de um mês para atendê-lo ou rechaçá-lo. Em caso de rechaço ou falta de contestação, a Comunidade poderá interpor o conflito ao TC no prazo máximo de 30 dias, a partir da notificação do

³² SÁNCHEZ AGESTA, Luis. Op. cit. p. 391.

³³ PUNSET BLANCO, Ramón, “Conflicto de competencia entre el Estado y las CC.AA”. In ARAGÓN REYES, Manuel (coord.). Op. cit. p. 48.

rechaço ou do término do prazo para resposta. A opção por esse trâmite não impede a prerrogativa exclusiva do Governo de invocar ao TC a suspensão da vigência da norma ou do ato impugnado, ao entabular o conflito. Finalmente, é de ressaltar que se a competência controvertida tenha sido atribuída por uma lei ou norma com força de lei, o trâmite deve obedecer à forma prevista para os Recursos de Inconstitucionalidade.

A sentença põe fim ao conflito ao declarar a quem pertence a titularidade da competência. O TC pode ademais anular as normas ou atos viciados de incompetência e tomar as medidas que considere apropriadas em relação às situações de fato ou de direito criadas.

b) Conflitos Negativos

Os conflitos negativos ocorrem quando o Estado ou as Comunidades Autônomas se omitem em emitir disposições, resoluções ou atos de sua competência. Podem ser argüidos ao TC por pessoas físicas ou jurídicas, quando a omissão se produziu frente a um administrado; ou pelo Governo do Estado, se uma Comunidade Autônoma oferece resistência em exercer as competências que lhe são atribuídas. Rubio Llorente³⁴ chama os primeiros de “conflitos frente ao administrado” e os segundos de “conflitos políticos”.

Os *conflitos frente ao administrado* ocorrem quando há uma declinação de competência, ou seja, uma pessoa física ou jurídica se dirige a uma determinada Administração Pública (Estado ou Comunidade Autônoma) e esta lhe indica outra como a competente para sua solicitação. Se tampouco obtém êxito na segunda – de novo por declinação ou por falta de decisão afirmativa no prazo de um mês -, pode acudir ante o TC no prazo de mais um mês. O Tribunal, após constatar que as negativas se baseiam numa diferença de interpretação de preceitos constitucionais, estatutários ou legais sobre os respectivos âmbitos de competência, declarará por sentença a Administração competente.

Os *conflitos políticos* se produzem quando o Governo requer a uma Comunidade Autônoma, que exerça determinadas competências, atribuídas por seus próprios Estatutos ou por uma Lei Orgânica de delegação e transferência. Se o órgão requerido se declara incompetente ou mantém-se inativo até o final do prazo fixado pelo Governo (no mínimo um mês), este está autorizado a suscitar o conflito ante o TC, para obrigar a Comunidade a fazer uso de suas atribuições no prazo fixado pela sentença.

Rubio Llorente³⁵ entende que os conflitos negativos são de escassa utilização e utilidade. Os conflitos políticos ainda não foram utilizados e nos poucos conflitos interpostos pelos administrados o TC tem-se limitado a afirmar a sua falta de jurisdição.

9.2 Conflitos entre Órgãos Constitucionais do Estado

Os chamados *conflictos de atribuciones* não estão previstos na CE, mas tão somente na LOTC (arts. 73-75). Qualquer um dos órgãos constitucionais arrolados no

³⁴ RUBIO LLORENTE, Francisco. “La jurisdicción constitucional en España”. In: op. cit. p. 398-401.

³⁵ Ibidem p. 401.

art. 53.1.c da LOTC (Governo do Estado, Câmara dos Deputados, Senado e Conselho Geral do Poder Judiciário), que estime que um outro esteja invadindo atribuições próprias, conferidas pela CE ou pelas Leis Orgânicas, poderá requerer para que as retifique num prazo de um mês. Se a solicitação não for atendida, o órgão está autorizado a suscitar o conflito de atribuições ante o TC. Por conseguinte, a legitimação ativa e passiva pertence apenas a esses órgãos e unicamente para defender suas próprias atribuições.

A primeira sentença do Pleno do TC (STC 45/1986), que resolveu três conflitos suscitados pelo Conselho Geral do Poder Judiciário em relação à sua própria Lei Orgânica, a par de impossibilitar a impugnação de leis por esta via, a reduziu a uma mera *vindicatio potestatis*. Com a STC 234/2000³⁶ o TC flexibilizou a exigência de que o demandado efetivamente houvesse exercido uma atribuição que não era sua, passando a aceitar que o exercício abusivo de uma atribuição própria, também pode ser pressuposto para a arguição de um conflito de atribuições, caso prejudique a atuação de outro órgão.

A sentença que põe término ao conflito deve determinar a que órgãos correspondem as atribuições constitucionais controvertidas, anular os procedimentos indevidamente executados e resolver as situações jurídicas produzidas ao seu amparo. Não há na LOTC previsões sobre os efeitos dessas sentenças, mas produzem coisa julgada, vinculam a todos os poderes e, como não atribuem subjetivamente um direito, quando declaram a nulidade de uma disposição de caráter geral sua eficácia é *erga omnes*.³⁷

9.3 Conflitos em Defesa da Autonomia Local

A Lei Orgânica 7/1999 modificou o Título IV da LOTC, adicionando-lhe um novo Capítulo IV (art. 75 *bis, ter, quater e quinque*), que dá aos municípios e às províncias a condição de legitimados ativos para suscitar conflitos de competência ante o TC, se leis ou disposições com força de lei do Estado ou das Comunidades Autônomas vulneram, a seu juízo, a autonomia local. Não obstante, somente pode aceder ao TC individualmente o que seja o destinatário único da lei. Ademais, também estão legitimados um sétimo dos municípios existentes no território de aplicação da disposição com força de lei, desde que representem um mínimo de um sexto da população oficial do território correspondente; ou a metade das províncias existentes no território de aplicação, se representam ao menos a metade da população oficial desse território.

A finalidade é obter do TC uma declaração sobre a existência ou não de lesão à autonomia local e sobre a titularidade da competência. Por tratar-se de disposição com força de lei, a constatação da invasão implica a existência de inconstitucionalidade, mas ela não pode ser declarada na mesma sentença. Por isso, o Pleno deve argüir a si próprio a questão, para que haja uma segunda sentença específica (Auto-questão de Inconstitucionalidade - LOTC art. 55.2). Neste caso o procedimento seguirá os trâmites

³⁶ "El Acuerdo de la Mesa del Senado de no admitir a trámite la declaración de urgencia de un determinado proyecto de ley efectuada por el Gobierno ha frustrado el ejercicio de una atribución que el Gobierno considera como propia ex artículo 90.3 CE, haciendo imposible la misma en el supuesto planteado..."

³⁷ GÓMEZ MONTORO, Ángel J. "Comentario al art. 75 LOTC". In: REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.). *Comentarios...* p. 1170-1172.

previstos para a Questão de Inconstitucionalidade. A doutrina tem enfatizado que a verdadeira natureza do conflito em defesa da autonomia local é a de um Recurso de Inconstitucionalidade. Seria nada mais que um recurso disfarçado, com o objetivo de estender aos municípios e províncias a possibilidade de impugnar diretamente leis, sem que para isso fosse necessário reformar a Constituição.

Todos os poderes públicos estão obrigados a respeitar o conteúdo do dispositivo da sentença e seus mandatos. Os juízes e tribunais, ademais, devem interpretar a lei conforme à interpretação dada pelo TC (LOPJ art. 5.1). No caso de que haja uma sentença que anule um preceito legal ou disposição com força de lei, terá os mesmos efeitos de uma Declaração de Inconstitucionalidade.

10 IMPUGNAÇÃO PELO GOVERNO DE NORMAS INFRA-LEGAIS AUTONÔMICAS

A impugnação de disposições sem força de lei e resoluções de qualquer órgão das Comunidades Autônomas está prevista no Título V da LOTC (arts. 76 e 77). O prazo para a impugnação é de dois meses da data da publicação da disposição ou resolução no periódico oficial autonômico ou, se não houve publicação formal, da data em que tenha chegado ao conhecimento do Governo. O Conselho de Estado deverá ser consultado antes ou depois da interposição (Lei Orgânica do Conselho de Estado – LOCE art. 22.6). A comunicação da impugnação pelo Tribunal produz a suspensão da disposição ou resolução recorrida pelo prazo máximo de cinco meses, dentro do qual o TC deverá ou não ratificá-la.

Como a CE art. 153.c atribui o controle da Administração autonômica e de suas normas regulamentares à jurisdição contencioso-administrativa, o TC decidiu que a impugnação de regras infra-legais das Comunidades Autônomas admite uma via dupla (STC 64/1990). Isto ocorre porque as infrações à Constituição produzidas por estas normas sem valor de lei - que não sejam casos de incompetência - são as únicas que podem ser impugnadas ante o TC, não obstante também possam ser conhecidas pela jurisdição contencioso-administrativa. Como é sabido, a falta de competência deve ser objeto de Conflito e as ilegalidades desses regulamentos são exclusividade da jurisdição contencioso-administrativa. A única vantagem da impugnação direta no TC parece ser a imediata suspensão do dispositivo ou resolução contestado pelo Governo.

11 EFETIVIDADE DAS DECISÕES DO TC

A CE art. 9.1 estabelece que “os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico” e a LOTC art. 87.1 prevê que “todos os poderes públicos são obrigados a cumprir as decisões do Tribunal Constitucional”. No que tange aos poderes Executivo e Legislativo, Rubio Llorente³⁸ afirma que “as sentenças do Tribunal Constitucional têm sido sempre rigorosamente respeitadas”, o que

³⁸ RUBIO LLORENTE, Francisco. “Jurisdicción constitucional y legislación en España”. In: op. cit. p. 428.

reafirma o bom funcionamento do Estado de Direito espanhol. No âmbito do Poder Judiciário a LOPJ art. 5.1 (além da LOTC arts. 38.1 e 40.2), estabelece expressamente a vinculação dos Tribunais à doutrina do TC. Portanto, pende sobre os órgãos judiciais um dever jurídico de acatar a doutrina constitucional (STC 319/1993). Os autores divergem se a vinculação seria apenas em relação ao dispositivo ou se se estenderia aos fundamentos das sentenças. Contudo, a prática forense tem demonstrado que os fundamentos vem sendo levados amplamente em consideração pelos operadores jurídicos, além de facilitarem a admissão dos Recursos de Amparo.

Não obstante, o Poder Judiciário (jurisdição ordinária) pode eventualmente decidir de forma contrária à interpretação do TC e isso supõe a necessidade de mecanismos para sua impugnação. Santos Vijande sustenta que o Recurso de Amparo constitucional é o meio adequado para impugnar as resoluções dos tribunais ordinários contrárias à exegese do TC sobre princípios, direitos ou liberdades compreendidos nos arts. 14 a 30 CE. Para os demais, entende que o controle e a preservação da primazia hermenêutica do TC a respeito da Constituição seria competência da jurisdição ordinária.³⁹ Ou seja, para os demais artigos caberiam apenas recursos ordinários, tendo por instância máxima o Tribunal Supremo. Para evitar que o TC seja alijado em tais situações - e, por extensão, a própria Constituição - a solução parece estar na CE art. 24.1. O direito à tutela jurisdicional efetiva abre a possibilidade de incorporar as interpretações do TC ao âmbito dos direitos fundamentais sujeitos à proteção através de Amparo.⁴⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema de jurisdição constitucional espanhol é relativamente recente, mas alcançou uma amplitude e uma complexidade apreciáveis. Como visto, foi a atual Constituição (1978) que introduziu e ajudou a consolidar uma autêntica e moderna jurisdição constitucional, plenamente integrada ao chamado sistema europeu de controle da constitucionalidade. O controle da constitucionalidade das normas ora em vigor é concentrado num Tribunal Constitucional - independente dos três poderes do Estado - e realizado de forma abstrata, através de dois tipos básicos de demandas: o Recurso de Inconstitucionalidade e a Questão de Inconstitucionalidade.

O Recurso de Inconstitucionalidade é o mais típico do sistema concentrado espanhol, pois é uma ação direta ou principal semelhante à Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) brasileira, mas com a diferença fundamental de que possui um prazo limite de três meses para ser interposto. Já a Questão de Inconstitucionalidade, apesar de ser incidental a um processo concreto, também pertence ao controle concentrado. O juiz ou o tribunal que examina o caso concreto está impedido de decidir sobre a constitucionalidade do preceito, limitando-se a suspender o processo e a submeter a “dúvida constitucional” ao Tribunal Constitucional, que é o único legitimado para o efeito. O Alto Tribunal faz um exame puramente abstrato sobre a constitucionalidade da

³⁹ SANTOS VIJANDE, Jesús María. *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*. Granada: Comares, 1995.

⁴⁰ Ver observações de Ángela Figueruelo no item 7. Recurso de Amparo Constitucional.

norma, que posteriormente será levado em consideração pelo juiz ou tribunal para decidir o caso concreto. Todas as demais ações de competência do Tribunal Constitucional, inclusive aquelas que tratam especificamente de normas infra-legais e da complexa relação entre o Estado espanhol e as Comunidades Autônomas, seguem os trâmites, ou do Recurso ou da Questão, sempre que haja uma lei envolvida.

O Recurso de Inconstitucionalidade vem sendo cada vez menos utilizado e isso se deve provavelmente a dois fatores principais. O primeiro é o exíguo prazo para sua interposição, que praticamente não permite a verificação da constitucionalidade da lei aplicada a casos concretos. Sabe-se que a mera comparação abstrata entre lei e constituição as vezes mostra-se insuficiente para flagrar uma inconstitucionalidade. O segundo e mais importante é o sistema parlamentarista de Governo, que faz com que as leis sejam fruto de acordos mais amplos e, portanto, com menos possibilidades de contestações posteriores por parte dos órgãos e autoridades legitimados. No sistema presidencialista brasileiro, por exemplo, as leis podem ser aprovadas contra a vontade do Presidente, o que, por si só, já é uma fonte de conflito. O Recurso de Amparo constitucional é hoje o responsável por mais de 95% das ações julgadas pelo Tribunal Constitucional. Apesar de ser um recurso contra atos dos poderes públicos, que violem os direitos fundamentais, está sendo usado basicamente para instar o Tribunal Constitucional a impugnar decisões do Poder Judiciário, sob a alegação de violação aos princípios da igualdade (art. 14 da CE) e/ou da tutela judicial efetiva (art. 24.1 da CE).

BIBLIOGRAFIA

ARAGÓN REYES, Manuel. “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control constitucional”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 17. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Mayo-Agosto, 1986, p.

_____. *Constitución y control del poder*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.

_____. (coord.). *Temas básicos de derecho constitucional. Tomo III*. Madrid: Civitas, 2001.

CARRERAS SERRA, Francesc de. GAVARA DE CARA, Juan Carlos (org.). *Leyes Políticas*, 8. ed. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2003.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

_____. *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

DÍAZ-ESTÚA AVELINO, Hugo Augusto. “Veinte años de recurso de inconstitucionalidad en España”. In: FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.). *Derecho Procesal*

Constitucional, Vol. III, 4. ed. México: Porrún, 2003, pp. 2335-2376.

DÍEZ PICAZO, Luis. “Constitución, Ley, Juez”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 15. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Septiembre-Diciembre, 1985. pp. 9-23.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *El recurso de amparo: estado de la cuestión*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2001.

_____. *La ordenación constitucional de la justicia en España*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 1999.

_____. *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid: Tecnos, 1990.

_____. “Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad (art. 55.2 de la LOTC)”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 21. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Septiembre-Diciembre, 1987. pp. 229-250.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3. ed. Madrid: Cívitas, 1983 (reimpresión: 1991).

_____. “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Enero-Abril, 1981, pp. 35-131.

_____. “Los fundamentos constitucionales del Estado”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 52. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Enero-Abril, 1998, pp. 11-32.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza, 1984 (1ª reimpresión: 1987).

_____. “El status del Tribunal Constitucional”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 1. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Enero-Abril, 1981, pp. 11-34.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Constitución y proceso*. Madrid: Tecnos, 1988.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Manual de derecho procesal constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.

MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

MONTORO PUERTO, Miguel Ángel. *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Tomo I, Madrid: Colex, 1991.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

QUADRA-SALCEDO, Tomás. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1981.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, 2001.

RIVAS MAURA, Andrés, *La cuestión de inconstitucionalidad*. Madrid: Civitas, 1991.

RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Estudios sobre Jurisdicción Constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.

SÁNCHEZ DE VEGA GARCÍA, Agustín. “Acerca del Recurso Previo de Inconstitucionalidad”. In: *Revista de las Cortes Generales (Separata)*, n. 23. Madrid, Segundo Cuatrimestre, 1991.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *El sistema político de la Constitución española de 1978- Ensayo de un sistema*. Madrid: Nacional, 1980.

SANTOS VIJANDE, Jesús María. *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*. Granada: Comares, 1995.

VEGA GARCÍA, Pedro de. *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos, 1999.