



## FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE: A REFORMA DO MODELO ESPANHOL

**Edílson Pereira Nobre Júnior\***

Filiado inicialmente, ao modo dos demais países do continente europeu, ao padrão que prevaleceu por ocasião da Revolução Francesa, o direito espanhol trilhou a senda do não cabimento do controle da atividade legislativa pelos tribunais<sup>1</sup>.

Somente a partir da Primeira Guerra Mundial, com a teorização kelseniana que resultou na formação da Constituição austríaca de 1920, é que surgiu o despertar não apenas para o realce da ideia de supremacia constitucional, mas também da necessidade de seu controle pelo método jurisdicional.

Para tanto, pode-se, no solo espanhol, mencionar a experiência pioneira da Constituição de 1931, a qual instituiu o Tribunal de Garantias Constitucionais, em cuja competência, enumerada no seu art. 121, encontrava-se, dentre outras atribuições, o recurso de inconstitucionalidade das leis, o recurso de amparo de garantias individuais e os conflitos de competência legislativa entre o Estado e as Regiões Autônomas.

Encerrado o regime franquista, com a promulgação da Constituição de 1978, a Espanha, embora com pequeno atraso, voltou a sintonizar-se com a tendência de fiscalização

---

\* Mestre e Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Membro do Conselho Científico da Revista FIDES.

<sup>1</sup> Prova disso a Constituição de 1812 deixou claro corresponder com exclusividade às Cortes (Parlamento), na qualidade de depositária da soberania popular, a faculdade de interpretar e derrogar as leis, prevendo, no seu art. 261.10, competir ao Tribunal Supremo ouvir as dúvidas dos demais tribunais sobre a compreensão das leis, devendo, para tanto, consultar motivadamente o Rei, a fim de deste, se for o caso, solicitar o competente pronunciamento das casas legislativas. O art. 372, por seu turno, dispunha caber às Cortes tomar em consideração, nas suas primeiras sessões, as infrações da Constituição que se houverem presentes. Em seguida, a Constituição de 1837 (art. 63) assinalou que a atividade dos juízos e tribunais se limitava exclusivamente à competência de julgar os casos concretos e de executar os seus julgados, o que se repetiu com as Constituições de 1845 (art. 66), 1856 (art. 67), 1869 (art. 91).

do cumprimento, por parte dos comportamentos estatais – principalmente os de cunho normativo -, das regras e princípios consagrados em sede constitucional.

Moldou-se, portanto, um Estado Constitucional de Direito<sup>2</sup>, bem sintetizado pelo art. 9.1 da Lei Fundamental vigente, ao acentuar que os cidadãos e os poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico.

E, como não poderia deixar de ser, inarredável consequência foi novamente a instituição de órgão de garantia da Lei Fundamental, qual seja tribunal constitucional, disciplinado nos arts. 159 a 165 do texto vigente.

Cônsua da impossibilidade da obra constituinte esgotar o regime jurídico da jurisdição constitucional, em boa hora o art. 165 da Constituição de 1978 estatuiu competir ao domínio da lei orgânica regular o funcionamento do Tribunal Constitucional<sup>3</sup>, traçando o estatuto dos seus membros, os procedimentos inerentes aos feitos de sua competência e as condições para o exercício das correspondentes ações.

Cumprindo o desígnio sobranceiro, promulgou-se, em 03 de outubro de 1979, a Lei Orgânica 2, a qual, inicialmente, sofreu reformas menos significativas com as Leis Orgânicas 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999, 1/2000.

Posteriormente, as estatísticas forçaram uma nova reforma, de maior impacto. Com efeito, em 2005 os recursos de amparo, representativos de 97,6% da demanda do Tribunal Constitucional, alcançaram o total de 9.476, versando um conjunto de 9.708 assuntos. Representou-se, com relação o quantitativo de 7.814, verificado em 2004, uma elevação de mais de 20%.

Para Aurelio Desdentado Bonate<sup>4</sup>, tais números evidenciaram o seguinte: a) a excessiva interposição de recursos de amparo implicou um atraso sensível no funcionamento do Tribunal Constitucional, assinalando-se o tempo de um ano para sua admissibilidade e de três anos, para o julgamento de mérito, repercutindo negativamente na atuação do órgão

<sup>2</sup> Uma síntese do que se deva compreender por Estado Constitucional foi realçada pela doutrina. Para Juan Manuel López Ulla: “Todo o ordenamento tem de ser entendido com referência e em função da Constituição. O dogma da supremacia do Parlamento ou da soberania da Lei cede passo ao dogma da soberania da Constituição e, definitivamente, ao princípio da soberania popular (Todo el ordenamiento ha de entenderse con referencia y en función de la Constitución. El dogma de la supremacía del Parlamento o de la soberanía de la Ley deja paso al dogma de la soberanía de la Constitución, y en definitiva al principio de soberanía popular. *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*. Madri: Tecnos, 1999, p. 21. Prólogo de López Guerra).

<sup>3</sup> Tal não constituiu novidade, pois, no regime da Constituição de 1931, foi editada, por força de previsão constante do art. 124 desta, a Lei Orgânica de 14 de junho de 1933, complementada pelo Regulamento Orgânico do Tribunal de Garantias Constitucionais de 06 de abril de 1933. Mais preciso do que o atual, o dispositivo da Constituição em referência habilitou explicitamente o legislador para traçar a extensão e os efeitos do recurso de inconstitucionalidade e do recurso de amparo.

<sup>4</sup> La reforma del recurso de amparo y el Tribunal Supremo. In: *El futuro de la justicia constitucional – Actas de las XII Jornadas da Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 25-26.

quanto ao desempenho de outras atribuições, tais como a questão de constitucionalidade e os conflitos de competência; b) a circunstância da inadmissibilidade dos recursos de amparo atingir 96,13% dos casos de sua interposição mostra que um grande número de recursos carece de fundamentação, traduzindo-se numa demanda abusiva, o que deveria ser eliminada; c) o abuso no uso do recurso de amparo traduz, por via reflexa, estar sendo satisfatória a proteção dos direitos fundamentais pelos tribunais e juízos ordinários, sem contar que o percentual de 87,41% se encontrado voltado para o art. 24 da Constituição hispânica (direito à tutela jurisdicional efetiva) serviu para localizar bastante o excesso; d) considerando-se versar um terço das interposições sobre assuntos sobre os quais já se pronunciou o Tribunal Supremo, é capaz de ressaltar que a intervenção deste não está conseguindo frenar o ânimo de recorrer.

Daí a promulgação das Leis Orgânicas 6, de 24 de maio de 2007, e 1, de 19 de fevereiro de 2010. Procuraremos enunciar, mesmo sem preocupação exaustiva, algumas das principais modificações. Igualmente, objetivar-se-á, à medida do possível, a feitura de rápidos comentários.

Um primeiro ponto a ser ressaltado é que se moldou, com a nova redação dos arts. 4º e 92.2 da LOTC, instituto similar à nossa reclamação. Em primeiro lugar, tem-se que o Tribunal Constitucional, ao qual cabe delimitar o âmbito de sua jurisdição e de sua competência, poderá adotar medidas necessárias à sua preservação de sua competência, incluindo-se a declaração de nulidade dos atos ou resoluções que lhe menoscabem.

Já o art. 92.2 da LOTC expressa, em plano similar à nossa reclamação, o anelo de resguardo da autoridade das decisões do Tribunal Constitucional, aparelhada pela eficácia vinculativa (arts. 38, 55.2 e 87.1, da LOTC).

De conseguinte, poderá o Tribunal Constitucional, por ocasião do cumprimento de suas deliberações, declarar a invalidade de qualquer comportamento que àquelas contrarie, ouvindo, previamente, o Ministério Fiscal e o órgão que editou o ato tido por antijurídico.

Outro ponto consiste na tentativa de procurar desafogar a corte do excessivo quantitativo de recursos de amparo. A primeira medida a respeito foi a criação de novo órgão fracionário para o exame da admissibilidade dos pedidos, consistente em turma composta de três juízes<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Numa tradução literal do art. 6º da LOTC, obtém-se: a) pleno, a ser integrado por todos os magistrados do tribunal; b) as salas, em número de duas, formada cada qual por seis magistrados; c) seções, compostas por três juízes. Numa aproximada correspondência à nossa organização judiciária, as seções melhor se traduzem por turmas ou câmaras, enquanto que as salas devem ser entendidas como as seções, as quais configuram órgãos fracionários compostos de mais uma turma ou câmara.

Assim, compete às turmas ou câmaras, regra geral, a admissibilidade dos recursos de amparo, remetendo-se às seções quando a decisão não for unânime<sup>6</sup>.

E, como se não fosse suficiente para obter-se uma maior agilidade aos julgamentos, permitiu-se, no art. 52.2 da LOTC, que as seções defiram às turmas a resolução do mérito dos recursos quando para o seu desate seja aplicável doutrina consolidada do Tribunal Constitucional.

Num segundo momento, acresceu-se uma parte final ao art. 49.1, com o propósito de reclamar justificativa, por parte do recorrente, de que a demanda possua especial transcendência constitucional. A exigência foi novamente acentuada pelo art. 50.1, *a*, da LOTC.

Preciso se faz, portanto, que a solução da questão constitucional controvertida não venha a se exaurir no interesse das partes sob contenda, despertando, igualmente, interesse de caráter geral na interpretação da Lei Maior<sup>7</sup>.

O preâmbulo que acompanhou a Lei Orgânica 6, de 24 de maio de 2007, bem expressou o alcance da inovação: “A primeira destas novidades é a que afeta à configuração do trâmite de admissão do recurso de amparo. E é que diante do sistema anterior de causas de inadmissão taxativas, a reforma introduz um sistema no qual o recorrente deve alegar e acreditar que o conteúdo do recurso justifica uma decisão sobre o mérito por parte do Tribunal, em razão de sua especial transcendência constitucional, dada sua importância para a interpretação, aplicação ou eficácia geral da Constituição”<sup>8</sup>.

Como toda novidade, o reclamo de transcendência não passou imune a críticas, tanto que para Germán Fernández Farreres<sup>9</sup> o critério de viabilidade do amparo, dependente da transcendência da questão constitucional debatida, ao despertar a dimensão objetiva do instituto, não poderá obscurecer sua consubstancial matiz subjetiva, voltada à garantia de direitos fundamentais.

<sup>6</sup> É de advertir-se que a atuação das turmas, conforme disposto genericamente no art. 8.1, faz-se possível para a decisão de admissibilidade não somente dos recursos de amparo, mas de todos os processos constitucionais a que se refere a LOTC.

<sup>7</sup> Sintoniza-se o sistema jurídico espanhol com a tendência evidenciada pelo *writ of certiorari* norte-americano e argentino, bem assim pela repercussão geral, incorporada ao nosso ordenamento pela EC 45/2004 (art. 101, §3º, CF).

<sup>8</sup> “La primera de estas novedades es la que afecta a la configuración del trámite de admisión del recurso de amparo. Y es que frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial transcendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución” (p. 4). Disponível em: <[www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)>. Acesso em: 21 maio 2010.

<sup>9</sup> Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional española. In: *El futuro de la justicia constitucional – Actas de las XII Jornadas da Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 44.

Porventura quebrantando essa tendência de limitação da interposição do recurso de amparo, o novo texto do art. 44.2. da LOTC, ao tratar do ataque dos atos judiciais, ampliou o prazo para o seu manuseio de vinte para trinta dias.

Também pode ser visto como contrário ao intento de restrição do uso do recurso de amparo a nova redação conferida ao art. 50.3 da LOTC, juntamente com o acréscimo de parágrafo quarto a este preceito.

Isso porque, enquanto o anterior teor literal do art. 50.3 excluía a possibilidade de recurso da decisão que não admitisse o recurso de amparo, o atual prevê a recorribilidade de tal deliberação, muito embora restrinja sua legitimidade ao Ministério Fiscal e, mesmo assim, fixe para tanto o curto intervalo temporal de três dias.

Por sua vez, o novel art. 50.4, à consideração de que os requisitos formais enunciados no art. 49.2 são suscetíveis de saneamento, prevê que sejam suprimidos no prazo de dez dias, a partir de intimação realizada pelas Secretarias de Justiça.

Procurou o legislador assegurar uma maior participação cidadã nos processos de fiscalização de constitucionalidade. Nesse diapasão, nova redação do art. 35.2 da LOTC, relativa à questão de inconstitucionalidade, permite que o órgão judicial, perante o qual aquela seja suscitada, antes de deliberar pela sua admissão e remessa para o Tribunal Constitucional, escute as partes e o Ministério Fiscal no prazo de 10 dias.

A diferença do regramento precedente se centra na circunstância de que as alegações das partes e do Ministério Fiscal não estacionem na província de admissibilidade da questão, podendo também versar sobre o mérito da questão.

A aura participativa não para por aí. De acordo com o art. 37.2 da LOTC, após a admissão da questão de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, as partes no procedimento judicial poderão formular alegações, já agora perante aquele, no prazo de quinze dias.

Lamenta-se não ter sido adotado pelo legislador proposta tendente a incluir parágrafo terceiro ao art. 39, introduzindo disciplina sobre inconstitucionalidade por omissão<sup>10</sup>. Espera-se que as alterações legislativas alcancem o seu objetivo, qual seja o de imprimir à atividade do Tribunal Constitucional espanhol a celeridade desejada. A sua efetiva realização, porém, dependerá da receptividade cultural que a práxis a elas devotar. Ao porvir caberá a resposta.

<sup>10</sup> O conteúdo da proposição, mencionado por Germán Fernández Farreres, foi o seguinte: “Quando a sentença declare a inconstitucionalidade por insuficiência normativa, poderá conceder um prazo ao legislador para que atue. Si este descumprir a determinação, o Tribunal Constitucional resolverá o que for necessário para sanar a insuficiência” (Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa podrá conceder un plazo al legislador para que actúe en consecuencia. Si este incumpliera dicho mandato, el Tribunal Constitucional resolverá lo que proceda para subsanar la insuficiencia” (op. cit., p. 53).