

El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Brasil: un bosquejo

Jose Carlos Barbosa Moreira

Abogado. Profesor de Derecho Procesal en la Universidad del Estado de Río de Janeiro.

1. GENERALIDADES.

El ordenamiento jurídico brasileño adopta con todo su rigor lógico el principio de la supremacía de las normas constitucionales y atribuye al Poder Judicial competencia para controlar la conformidad entre las leyes (u otros actos normativos) y la Constitución. Semejante control admite en el Brasil más de una modalidad. Básicamente se deben distinguir:

a) El control incidental, permitido a todos los órganos judiciales, en el campo de su competencia propia, en ocasión de resolver un pleito, un litigio concreto, a los efectos de fijar una premisa de la resolución.

b) El control directo, reservado, en el plano federal, al Supremo Tribunal Federal y, en el plan de cada uno de los Estados-miembros de la Federación, al órgano más alto de la respectiva estructura judicial (Tribunal de Justicia).

Presenta el sistema brasileño, como se ve, características eclécticas: hay un control incidental y difuso, y un control directo y concentrado. La segunda modalidad puede a su vez revestir dos aspectos: ora se destina sencillamente a establecer (con efectos que serán expuestos a su tiempo) la certeza sobre la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de una ley, considerada en sí misma (control abstracto), ora a averiguar si existe una infracción, por parte de la unidad política menor (Estado-miembro, frente a la Unión; Municipio, frente al Estado-miembro), a uno de los

principios constitucionales fundamentales, y por consiguiente si tiene cabida la intervención. Esta última hipótesis sólo raramente ocurre en la práctica.

2. DATOS HISTÓRICOS⁽¹⁾.

Históricamente, el primer tipo de control de la constitucionalidad admitido en el Brasil fue el control incidental y difuso. Lo importamos de los Estados Unidos de Norteamérica, luego de la proclamación de la República, y lo consagramos en la primera Constitución republicana, de 1891. Ésa sigue siendo la modalidad de uso más frecuente, aunque menos importante, desde varios puntos de vista, que el control abstracto.

La Constitución de 1934 introdujo el control directo, ejercitado *principaliter*, en términos restringidos: estaba reservado a la Corte Suprema, mediante provocación del *Procurador-Geral da República* (jefe del Ministerio Público de la Unión), con respecto a la ley de intervención federal en un Estado-miembro, decretada para asegurar la observancia de ciertos principios constitucionales. En un contexto análogo, pero con fisonomía distinta, la Constitución de 1946 facultó al *Procurador-Geral da República* la iniciativa de requerir al Supremo Tribunal Federal la declaración de la inconstitucionalidad de los actos de los Estados-miembros que a su juicio hubieran violado alguno de los principios fundamentales. Acogida la petición (a la cual se dio el *nomen iuris* de «representación»), la declaración de la Corte constituía el presupuesto de la intervención de la

(1) *Vide* al respecto: PINTO FERREIRA. *Comentários á Constituição brasileira*. 4 v. S. Paulo, 1992, págs. 315 y ss.; FERREIRA MENDES, Gilmar. *Controle de constitucionalidade*. S. Paulo, 1990, págs. 169 y ss.; MERLIN CLÉVE, Clémerson. *A fiscalização abstracta de constitucionalidade no Direito brasileiro*. S. Paulo, 1995, págs. 63 y ss.; AGRICOLA BARBI, Celso. *Ação declaratória principal e incidente*. Río de Janeiro, 1995, págs. 147 y ss.; MOREIRA ALVES, "A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil". En: DE FIGUEIREDO TEXEIRA, Salvio (coordinador). *As garantias do cidadão na justiça*. S. Paulo, 1993, pág. 1.

Unión en el Estado. El proceso de la representación fue reglado por la Ley No. 2.271, de 22 de Julio de 1954, y después por la Ley No. 4.337, de 1 de Junio de 1964.

La Enmienda Constitucional No. 16, de 1965, amplió notablemente el ámbito del control directo. Modificando el texto de la Constitución de 1946, otorgó competencia al Supremo Tribunal Federal para conocer de la representación del *Procurador-Geral da República* contra la inconstitucionalidad de una ley o de otro acto de naturaleza normativa, emanado de la Unión o de un Estado-miembro. Contempló asimismo la posibilidad de la creación de un proceso, ante el Tribunal de Justicia de cada Estado-miembro, para la declaración de inconstitucionalidad de una ley o acto de un Municipio que infringiera la Constitución del Estado-miembro; empero tal innovación no llegó a concretarse.

Mantuvo la Constitución de 1967 el sistema de control directo, en los mismos términos de la Enmienda No. 16, al atribuir competencia al Supremo Tribunal Federal para fallar la representación del *Procurador-Geral da República* por inconstitucionalidad de una ley o acto normativo de la Unión o de un Estado-miembro. Esa regla subsistió en el texto de la Enmienda Constitucional No. 1, de 1969, la cual, por otra parte, restableció la supradicha innovación de la Enmienda No. 16 a la Constitución de 1946 (posibilidad de declaración emitida *principaliter* por el Tribunal de Justicia del Estado-miembro -mediante representación del jefe del respectivo Ministerio Público- de la inconstitucionalidad de una ley municipal violadora de los principios consagrados en la Constitución del Estado-miembro, como presupuesto de la intervención de éste en el Municipio).

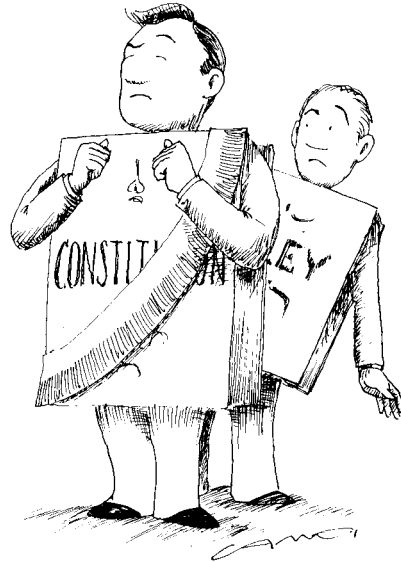
Como en seguida se explicará mejor, la Constitución de 1988, en vigencia, a pesar de algunas modificaciones, no cambió las líneas esenciales del sistema. Continúan coexistiendo en el Brasil ambas modalidades de control, el incidental y el directo: el primero susceptible de ejercicio difuso, permitido a cualquier órgano judicial, independientemente de su jerarquía, el segundo concentrado en el Supremo Tribunal Federal y en el Tribunal de Justicia de cada Estado-miembro.

3. DERECHO VIGENTE: A) EL CONTROL INCIDENTAL Y DIFUSO.

Todos los órganos del Poder Judicial pueden y deben controlar la constitucionalidad de las leyes (sea cual fuere su origen), en ocasión de decidir los pleitos que se incluyan en su competencia.

La palabra «ley» se emplea aquí en sentido lato: abarca cualquier norma jurídica, contenida en una ley *stricto sensu* (ordinaria o complementaria), en una enmienda a la Constitución, en una medida provisoria, en un decreto, en una disposición del reglamento interno

de un tribunal y así en adelante. No importa que se trate de una violación formal o de una violación substancial a la Constitución.



El control tiene cabida sea cual fuere el proceso del que se esté ocupando el órgano judicial. Puede tratarse de un pleito pendiente en primer grado de jurisdicción, de un recurso, de un asunto comprendido en la competencia originaria de un órgano superior. Lo esencial es que la resolución sobre el pleito dependa lógicamente de la cuestión de constitucionalidad. Si el órgano judicial tiene la posibilidad de fallar sin enfrentar la cuestión, debe abstenerse de manifestar su convencimiento al respecto.

La cuestión puede ser planteada por cualquiera de las partes o por el Ministerio Público, si participa del proceso. Pero también puede examinarla *ex officio* el órgano judicial. Aquí es necesaria una advertencia: *ex vi* de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución, para que un tribunal declare la inconstitucionalidad de una ley, es menester que se pronuncie en tal sentido la mayoría absoluta de sus miembros, es decir, un número superior a la mitad del total. De ahí resulta que, cuando se plantea la cuestión ante un órgano fraccionario (por ejemplo, una Cámara), éste queda libre de proseguir en su actividad cognitiva y fallar, si rechaza la alegación de inconstitucionalidad, considerando que la ley es compatible con la Constitución; en cambio, si estima fundada la alegación, tiene que suspender su actividad cognitiva y someter la cuestión al tribunal, a fin de que éste, en su composición plena, resuelva la cuestión. Se declarará inconstitucional la ley, si así la considera la mayoría absoluta del tribunal; de lo contrario, no será

declarada la inconstitucionalidad. Luego el asunto volverá al órgano fraccionario, que completará su resolución, observando lo que haya decidido el tribunal acerca de la cuestión de constitucionalidad⁽²⁾.

Los efectos judiciales de la declaración incidente de la inconstitucionalidad de una ley no exceden las fronteras del pleito en el que aquélla fue emitida⁽³⁾. No hay que suponer que, si la resolución queda en firme, la autoridad de la cosa juzgada se extienda a la decisión sobre la cuestión de constitucionalidad. Cualquier órgano judicial podrá tranquilamente enfrentar de nuevo la cuestión, en otro proceso, y decidirla según su modo de ver. Así es inclusive cuando la declaración de inconstitucionalidad haya emanado de un tribunal superior, sin exclusión del Supremo Tribunal Federal, aunque de facto los órganos inferiores revelen normalmente una fuerte tendencia para seguir la orientación fijada en el fallo de la Corte Suprema.

Es fácil entender lo que se acaba de decir, si se tiene en cuenta una noción fundamental en esta materia: al declarar inconstitucional una ley, en el ejercicio del control incidente, el órgano judicial ni la revoca, ni la invalida. Lo que ocurre es simplemente que se deja de aplicar a la hipótesis *sub indice* la ley estimada incompatible con la Constitución, y ello porque, ante el conflicto de las dos normas (la legal y la constitucional), debe el juez hacer prevalecer la norma jerárquicamente superior. Empero la ley no aplicada subsiste en el ordenamiento.

Se advierte que semejante situación no perdura siempre forzosamente *ad infinitum*. El artículo 52, No. X, de la Constitución otorga competencia al Senado Federal para suspender la ejecución de la ley declarada inconstitucional por una decisión final del Supremo Tribunal Federal. Si el Senado ejerce tal atribución, la ley es eliminada del ordenamiento, y ya ningún órgano judicial podrá aplicarla. Sin embargo, cabe observar que el Senado no queda obligado a suspender la ejecución de la ley: se trata de un acto político, confiado a la discreción del órgano legislativo⁽⁴⁾.

4. DERECHO VIGENTE: B) EL CONTROL DIRECTO -REPRESENTACIÓN PARA INTERVENCIÓN Y ACCIÓN DIRECTA DE DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD-

Como arriba se dijo, el control directo de constitucionalidad está concentrado en el Supremo Tribunal Federal y en los Tribunales de Justicia de los Estados-miembros. Si mira a averiguar la existencia de una infracción a algún principio constitucional, en la cual pueda fundarse la decretación de la intervención (por parte de la Unión, en un Estado-miembro, o por parte de un Estado-miembro, en un Municipio), el control directo se ejercita exclusivamente por iniciativa del jefe del Ministerio Público (en el plan de la Unión, el *Procurador-Geral da República*). La materia está reglada en los artículos 35, No. IV, y 36, No. III, de la Constitución de la República, a los cuales se añaden disposiciones contenidas en las Constituciones de los distintos Estados-miembros, en lo que hace a la intervención en los Municipios.

Mucho más importante es la otra modalidad del control directo, el llamado control abstracto, que tiende esencialmente a la verificación de la compatibilidad o incompatibilidad entre una ley y la Constitución, con los efectos que a su tiempo serán expuestos. También ese tipo de control corresponde exclusivamente al Supremo Tribunal Federal y a los Tribunales de Justicia de los Estados-miembros. El Supremo Tribunal Federal lo ejercita en cuanto a las leyes de la Unión o de los Estados-miembros, sospechosas de incompatibilidad con la Constitución de la República; cada uno de los Tribunales de Justicia, en lo que atañe a las leyes del mismo Estado-miembro o de un Municipio, sospechosas de incompatibilidad con la Constitución del Estado-miembro. No existe la posibilidad de un control directo de la compatibilidad de las leyes de los Municipios con la Constitución de la República⁽⁵⁾; desde luego, la cuestión puede ser planteada, pero solamente *in concreto*, a propósito de un pleito pendiente, y el órgano judicial la

(2) Acerca del procedimiento del incidente, reglado en los artículos 480-482 del *Código de Processo Civil*: ver PONTES DE MIRANDA. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo VI. Rio de Janeiro, 1975, págs. 79 y ss.; BARBOSA MOREIRA. Comentários ao Código de Processo Civil. Volumen V. Rio de Janeiro, págs. 27 y ss.

(3) Cf. PINTO FERREIRA. *Op.cit.*, pág. 446; MERLIN CLÉVE, Clémerson. *Op.cit.*, págs. 88-89.

(4) FERREIRA MENDES, Gilmar. *Op.cit.*, págs. 214-215; MERLIN CLÉVE, Clémerson. *Op.cit.*, pág. 95. En sentido contrario: PINTO FERREIRA. *Op.cit.*, pág. 327; GONCALVES FERREIRA FILHO, Manoel. *Curso de Direito Constitucional*. Sao Paulo, 1989, pág. 35.

(5) Cf. MERLIN CLÉVE, Clémerson. *Op.cit.*, pág. 132.

decidirá *incidenter tantum*.

En el plano federal, la vía para el control directo y abstracto venía siendo tradicionalmente contemplada en las modernas Constituciones brasileñas bajo la forma de una acción declaratoria de inconstitucionalidad (a veces también denominada «representación»). El texto originario de la Constitución vigente no se apartaba de semejante directiva: el artículo 102, No. I, a), otorgó competencia al Supremo Tribunal Federal para fallar la «acción directa de inconstitucionalidad de ley o acto normativo federal o estadual». Lo que sí cambió de modo notable fue la disciplina de la legitimación para intentar tal acción: mientras que las Constituciones anteriores la reservaban únicamente al *Procurador-Geral da República*, la actual contiene en el artículo 103 una lista relativamente larga de legitimados, que incluye: el Presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, de la Cámara de Diputados, de la Asamblea Legislativa de un Estado-miembro, el Gobernador de un Estado-miembro, el *Procurador-Geral da República*, el Consejo Federal de la «*Ordem dos Advogados do Brasil*», los partidos políticos representados en el Congreso Nacional, las confederaciones sindicales y entidades de clase de ámbito nacional.

El procedimiento de la acción declaratoria de inconstitucionalidad, bastante sencillo, está disciplinado en el Reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal, artículos 169 y siguientes. Distribuida la petición a un relator, éste solicita informaciones a la autoridad de la cual emanó el acto y, en su caso, al Congreso Nacional o a la Asamblea Legislativa del Estado-miembro. Las informaciones deben ser prestadas en treinta días. Compete al *Advogado-Geral da União* la defensa de la norma o acto impugnado (Constitución de la República, artículo 103, § 3). Se oye al *Procurador-Geral da República*, que emite un parecer. En seguida, el relator redacta el relatorio, del cual se hacen copias para distribución a todos los jueces (Ministros). Competente para fallar es el plenario de la Corte. Se declara la inconstitucionalidad de la ley, si seis o más Ministros votan en ese sentido; de lo contrario, la ley es declarada constitucional. En el primer caso, se comunica el resultado a la autoridad o al órgano responsable por el acto normativo. No se hace una comunicación análoga al

Senado Federal, porque aquí no hay lugar para la suspensión de la norma: como abajo se explicará, el fallo, de por sí, es suficiente.

Lo que sí está previsto es la posibilidad de que el Supremo Tribunal Federal suspenda, como medida cautelar, la eficiencia de la ley. Cabe tal providencia cuando parezca verosímil la alegación de incompatibilidad entre la norma y la Constitución y, además, existan razones serias para temer que la respectiva aplicación tenga consecuencias graves e irreversibles o difícilmente reversible⁽⁶⁾. La suspensión cautelar produce efectos *ex nunc*, no alcanza a lo acaecido durante la vigencia de la ley⁽⁷⁾. También puede ocurrir que, ante la urgencia de la materia, el relator dispense las informaciones y someta la petición, sin más formalidades, a la decisión del plenario.

A diferencia de lo que sucede en el control incidente, la resolución que declara inconstitucional una ley en la acción directa produce efectos *erga omnes* y vincula a todos los órganos judiciales, independientemente de cualquier acto de suspensión (que no tiene cabida) por parte del Senado Federal. En general se concibe tal eficacia como la eliminación de la norma declarada inconstitucional, es decir, su exclusión del ordenamiento jurídico, aunque la doctrina, por el modo de expresarse, a veces sugiera más bien la idea de que la resolución se ciñe a tornar *ineficaz* (y, por consiguiente, inaplicable) la ley⁽⁸⁾.

Según la concepción clásica, recibida del Derecho norteamericano, la ley incompatible con la Constitución es nula, y lo es *ab initio*, desde el momento de su entrada (aparente) en vigencia. De ahí que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad deben manifestarse *ex tunc*. La consecuencia lógica de semejante entendimiento es la invalidez de todos los actos basados en dicha ley, inclusive los realizados antes de la declaración de su inconstitucionalidad. En atención a necesidades de orden práctico, y especialmente a la exigencia de seguridad jurídica, se ha atenuado en varios supuestos el rigor de tal construcción, para admitirse la subsistencia de actos anteriores a la declaración; por ejemplo, el Supremo Tribunal Federal decidió reconocer validez a los actos de un funcionario público que había sido investido en su cargo *ex vi* de una ley

(6) El Supremo Tribunal Federal considera insuficiente el *fumus boni iuris* y exige además *el periculum in mora*: vide el fallo de 13.8.1987. Repr. número 1.442. En: Revista Trimestral de Jurisprudencia. Volumen 125, pág. 56.

(7) Supremo Tribunal Federal. 1 de Abril de 1987. Repr. No. 1.391. En: Revista Trimestral de Jurisprudencia. Volumen 124, pág. 80.

(8) Así DA SILVA, José Alfonso: Curso de Direito Constitucional positivo. S. Paulo, 1992, pág. 55.

posteriormente declarada inconstitucional⁽⁹⁾. Se admite pacíficamente que la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica no destruye de por sí la cosa juzgada resultante de una sentencia que en aquélla se fundara⁽¹⁰⁾.

5. DERECHO VIGENTE: C) EL CONTROL DIRECTO-ACCIÓN DIRECTA DE DECLARACIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD-

En el modelo tradicional de la acción directa, algún legitimado requiere que el órgano judicial declare inconstitucional una ley u otro acto normativo. Se considera que el rechazo de la petición (en el fondo) equivale a la declaración de que la norma es compatible con la Constitución: en ese sentido dispone el artículo 173, *caput*, del Reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal.

Con todo, a partir de la Enmienda Constitucional No. 3, de 1993, es posible requerir la declaración de que una ley es constitucional. La innovación se inspiró en circunstancias políticas. Con frecuencia acontece que una ley nueva, de incidencia en una extensa serie de casos y de gran importancia para la sociedad (v.g., la institución de un impuesto), se vea impugnada en cuanto a su compatibilidad con la Constitución. Los interesados suelen recurrir al Poder Judicial mediante pleitos distintos, que son fallados por órganos también distintos. Si en los tribunales se manifiestan convencimientos diferentes acerca de la cuestión, la consecuencia natural es la aparición de resoluciones que contrastan en la tesis jurídica. No siempre se logra que esa divergencia jurisprudencial sea rápidamente dirimida. Dada la trascendencia de la materia, puede resultar muy dañina a todos los intereses en juego la subsistencia, por largo tiempo, de la controversia sobre la legitimidad o ilegitimidad de la norma.

La acción declaratoria de constitucionalidad vino a suministrar a los poderes públicos un medio eficaz para asegurar la pronta solución del problema. De conformidad con el § 2 del artículo 102, agregado a la Constitución de la República por la sobredicha Enmienda, si el Supremo Tribunal Federal acoge la peti-

ción y declara que la ley es compatible con la Constitución, su fallo tiene eficacia *erga omnes* y vincula a los demás órganos del Poder Judicial y a los del Poder Ejecutivo. Son legitimados a intentar la acción el Presidente de la República, la Mesa Directiva del Senado Federal y la de la Cámara de Diputados, y el *Procurador-Geral da República* (artículo 103, § 4, igualmente añadido por la Enmienda No. 3).

La introducción de semejante figura no dejó de encontrar cierta resistencia. Algunos se animaron inclusive a lanzar sobre la nueva acción la tacha de inconstitucionalidad. Pero la Corte Suprema ya rechazó tal alegación, al decidir una cuestión de orden en el primer proceso de este tipo que ante ella se entabló⁽¹¹⁾.

“Presenta el sistema brasileño, como se ve, características eclécticas: hay un control incidental y difuso, y un control directo y concentrado...”

Por ahora no se trató de reglar el procedimiento adecuado a esta acción. No lo establece la Constitución -lo que se comprende con facilidad-, y el Congreso Nacional tampoco se dio prisa -lo que es menos comprensible- en elaborar una ley al respecto. Básicamente deben estimarse aplicables, por analogía, las disposiciones concernientes al procedimiento de la acción declaratoria de inconstitucionalidad⁽¹²⁾.

El fallo, repetimos, produce efectos *erga omnes* y vincula a los demás órganos del Poder Judicial y a los del Poder Ejecutivo. La Constitución se refiere a las «decisiones definitivas sobre el fondo», sin distinguir

(9) Fallo de 13 de Noviembre de 1981. Recurso extraordinario No. 78.533, En: Revista Trimestral de Jurisprudencia. Volumen 100, pág. 1.086.

(10) Cf. FERREIRA MENDES, Gilmar. Op.cit., pág. 280; MERLIN CLÉVE, Clémerson. Op. cit., págs. 168-169.

(11) MERLIN CLÉVE, Clémerson. Op.cit.,pág. 188. En las páginas siguientes, ese autor examina largamente el problema, opinando en favor de la constitucionalidad de la innovación.

(12) Ibidem, pág. 203.

entre decisiones que acogen la petición y decisiones que la rechazan. En ambos casos la eficacia tiene la misma intensidad; si el tribunal rechaza la petición, se entiende que su resolución declara *erga omnes* la inconstitucionalidad de la norma y obliga a los otros órganos judiciales y a los del Poder Ejecutivo a abstenerse de aplicarla. El vínculo no se extiende a los órganos legislativos, lo cual significa que el Congreso Nacional no está prohibido de resucitar una ley declarada inconstitucional. Tampoco se somete al vínculo al mismo Supremo Tribunal Federal: la Enmienda No. 3 no empleó en vano la expresión «los demás órganos». Ello quiere decir que la Corte Suprema queda libre de cambiar su posición frente a la norma, en otro pleito⁽¹³⁾.

6. DERECHO VIGENTE: D) LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISSION.

Una innovación interesante de la Constitución de 1988 -aunque su repercusión práctica haya sido escasa hasta este momento- fue la previsión de la posibilidad de declararse la inconstitucionalidad por omisión (artículo 103, § 2). La situación contemplada se caracteriza por el hecho de que -según el texto- el poder

público se abstiene de una medida necesaria «para tornar efectiva una norma constitucional». En tal supuesto, la Constitución está siendo violada por la conducta negativa del órgano competente para decretar la medida. La hipótesis clásica es la omisión del Poder Legislativo en elaborar la ley reglamentaria de una disposición constitucional, sobre todo en los casos en que la Constitución misma fija un plazo para ello.

De conformidad con el artículo 103, § 2 el remedio consiste en cientificar el órgano competente para que tome la providencia adecuada. Si se trata de un órgano administrativo, el tribunal le ordena que actúe en el plazo de treinta días. La eventual subsistencia de la inercia, vencido el plazo, configurará desobediencia a la orden judicial y acarreará la responsabilidad del agente público omiso.

El artículo 103, § 2, no pretendió crear una nueva figura procesal (la acción declaratoria de inconstitucionalidad por omisión), sino únicamente dejar en claro que el control abstracto de constitucionalidad por el Supremo Tribunal Federal abarca tanto los casos de violación cuanto los de violación negativa de la Constitución⁽¹⁴⁾. El procedimiento no se aparta del modelo aplicable en general a la acción directa.☞

(13) Loc. Cit. «0 STF encontra-se excluído. Se não estivesse, como seria possível atualizar a jurisprudência do Supremo?».

(14) En ese sentido, correctamente, *Ibidem*, pág. 229.