

EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY POR EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEÑO

José Carlos Barbosa Moreira*

1. De dos maneras distintas puede el Supremo Tribunal Federal brasileño declarar la inconstitucionalidad de una ley o de otro acto normativo de los Poderes Públicos. La primera posibilidad ocurre cuando el Tribunal tiene que resolver un pleito de su competencia originaria o un recurso. Por hipótesis, la decisión exigiría la aplicación de una determinada norma, pero el Tribunal entiende que la norma es incompatible con la Constitución. En tal supuesto, el Tribunal aplica la disposición constitucional en vez de aplicar la norma que la contraría. Para negar aplicación a la ley, conviene observar, es menester que en tal sentido se manifieste la mayoría absoluta del Tribunal, es decir, por lo menos ocho ministros (Constitución de la República, artículo 97).

Se trata aquí de la llamada declaración incidental de inconstitucionalidad. La incompatibilidad entre la norma y la Constitución no constituye el objeto principal del fallo, sino que suministra únicamente una de las premisas de la decisión. Al declarar la inconstitucionalidad, el Tribunal no revoca ni invalida la ley. Simplemente se abstiene de aplicarla, porque, ante el conflicto entre ella y la Constitución, su deber es hacer prevalecer la norma jerárquicamente superior. Sin embargo, la ley no aplicada subsiste en el ordenamiento.

Los efectos de la declaración incidental de la inconstitucionalidad no exceden, por consiguiente, las fronteras del pleito en que aquélla fue emitida¹. No se debe suponer que, si la resolución queda en firme, la

La armonía entre las normas de un ordenamiento jurídico exige la incorporación de mecanismos de control de la constitucionalidad de las mismas. Sobre la base del sistema brasileño, el autor desarrolla la declaración incidental de constitucionalidad como aquella realizada por el juez para obtener simplemente una de las premisas del fallo, no el fallo mismo. Por otro lado, se refiere a las acciones declarativas de inconstitucionalidad y constitucionalidad como mecanismos de control de carácter directo, en los cuales la constitucionalidad de la norma es el objeto mismo del fallo. Los efectos producidos por tales mecanismos son, en ambos casos, diversos.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Río de Janeiro. Ex-presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

¹ PINTO FERREIRA. "Comentários à Constituição brasileira" volumen 4, Sao Paulo, 1992. p. 446; DA SILVA, José Afonso. "Curso de Direito Constitucional positivo", novena edición. Sao Paulo, 1992, p. 54; VELOSO, Zeno. "Controle jurisdicional de constitucionalidade", Belém, 1999. p. 43; MERLIN CLÈVE, Clemerson. "A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro", segunda edición, Sao Paulo, 2000. p. 112-113.

cosa juzgada abarca la declaración de inconstitucionalidad, que constituye un fundamento de la decisión, no la decisión misma. El artículo 469 del *Código de Processo Civil*, I y III, excluye en términos expresos la posibilidad de que los motivos invocados por el juez para justificar su convencimiento y la solución de cuestiones prejudiciales, resueltas *incidenter tantum*, adquieran la autoridad de cosa juzgada. Ello quiere decir que cualquier órgano judicial –inclusive el propio Supremo Tribunal Federal– podrá tranquilamente enfrentar de nuevo la cuestión de la inconstitucionalidad de la ley en otro proceso, y decidirla de acuerdo con la convicción que forme en tal momento, igual o diferente de la anteriormente manifestada.

Hay que consignar una salvedad. El Supremo Tribunal Federal debe comunicar su decisión al Senado Federal, que tiene competencia para suspender la ejecución de la ley declarada inconstitucional (Constitución de la República, artículo 52, número X). Si el Senado ejerce semejante atribución, la ley es eliminada del ordenamiento², y ya ningún órgano judicial podrá aplicarla. Pero cabe señalar que, según la opinión más acertada, el Senado no está obligado a suspender la ejecución de la ley: se trata de un acto político, confiado a la discreción del órgano legislativo³.

2. Cambian las cosas si se pasa al llamado control directo y abstracto de constitucionalidad.

Este tipo de control compete de modo exclusivo al Supremo Tribunal Federal, en lo que atañe a las leyes de la Unión o de los Estados-miembros, tachadas de incompatibles con la Constitución de la República. Es un control concentrado, que difiere substancialmente del control difuso, facultado, por vía incidental, a cualquier órgano de la justicia brasileña. La diferencia consiste en que, ahora, la verificación de la compatibilidad (o incompatibilidad) entre la ley y la Constitución forma el objeto mismo del juzgamiento. Ningún pleito relativo a tal o cual conflicto individualizado de intereses está sometido a la apreciación del Tribunal⁴. Lo único que se le pide es que declare que una norma es (o no es) compatible con la Constitución. Con tal declaración, emitida *principaliter*, no *incidenter tantum*, se agota la actividad cognitiva del Tribunal.

Tradicionalmente, la vía adecuada al control directo y abstracto venía siendo, en el derecho brasileño, la acción declarativa de inconstitucionalidad, prevista en sucesivas Constituciones, sin excepción de la actual (artículo 102, número I, a). En ella, obviamente, se requiere al Tribunal que declare inconstitucional una ley u otro acto normativo. La Enmienda Constitucional número 3, de 1993, ha introducido una novedad: la acción declarativa de constitucionalidad, en la cual se pide todo lo contrario, es decir, que el Tribunal declare la norma compatible con la Constitución. Ambas acciones están regladas por la Ley 9.868, del 10 de noviembre de 1999, y la disciplina del juzgamiento les es común en lo esencial.

Sea en la acción declarativa de inconstitucionalidad, sea en la acción declarativa de constitucionalidad, para que el Supremo Tribunal Federal pueda fallar es necesario que estén presentes por lo menos ocho de los once ministros (Ley 9.868, artículo 22). Se declarará la inconstitucionalidad o la constitucionalidad de la ley en aquel sentido o en éste, respectivamente, si se hubieren manifestado seis o más ministros (artículo 23, *caput*); como ya se dijo, la exigencia del quórum especial reside en el artículo 97 de la Constitución. Si se alcanza el quórum especial, es decir, si seis o más ministros acogen la petición en la acción declarativa de inconstitucionalidad, o la rechazan en la acción declarativa de constitucionalidad, el resultado es rigurosamente idéntico: en ambos supuestos, la ley queda declarada inconstitucional.

3. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, en el control directo y abstracto (es decir, en una acción declarativa de inconstitucionalidad o de constitucionalidad), se producen *pleno iure* y no dependen de la suspensión de la ley por el Senado Federal: el artículo 52, X, de la Constitución se refiere exclusivamente a las resoluciones dictadas por el Supremo Tribunal Federal en el ejercicio del control difuso (declaración incidental)⁵. Dichos efectos deben ser examinados en una doble perspectiva: desde el punto de vista subjetivo y desde el punto de vista temporal.

Subjetivamente, la declaración tiene eficacia *erga omnes*, vincula a los órganos del Poder Judicial y a la

² Tal como lo señala Gilmar Ferreira Mendes, "a suspensão constitui ato político que retira a lei do ordenamento jurídico". FERRERIRA MENDES, Gilmar. "Controle de constitucionalidade". Sao Paulo, 1990, p. 214.

³ FERREIRA MENDES, Gilmar. op. cit., p. 214-215; MERLIN CLÈVE, Clemerson. op. cit., p. 121. En sentido contrario: PINTO FERREIRA, op. cit., p. 327; GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel. "Curso de Direito Constitucional", 17ª edición. Sao Paulo, 1989, p. 35.

⁴ En tal sentido, Clemerson Marlín cleve ha afirmado que "cuidando-se de processo objetivo, na ação direta de inconstitucionalidade não há lide nem partes (salvo num sentido formal), posto inoocorrerem interesses concretos em jogo". MERLIN CLÈVE, Clemerson. op. cit., p. 143-144.

⁵ DA SILVA, José Afonso. op. cit., p. 55; FERREIRA MENDES, Gilmar. op. cit., p. 277; MERLIN CLÈVE, Clemerson. op. cit., p. 231; VELOSO, Zeno. op. cit., p. 58-9; POLETTI, Ronaldo. "Controle da constitucionalidade das leis", segunda edición. Rio de Janeiro, 2000, p. 151-152.

Administración Pública en todos los niveles (Ley 9.868, artículo 28, párrafo único). Ningún juez podrá aplicar la ley declarada inconstitucional, y los órganos administrativos están igualmente obligados a la abstención. El vínculo no se extiende, sin embargo, a los órganos legislativos, lo que significa, por ejemplo, que el Congreso Nacional no está impedido de resucitar la norma impugnada, mediante la aprobación de un proyecto de ley que la reproduzca⁶.

Desde el punto de vista temporal, la consecuencia normal de la declaración de inconstitucionalidad consiste no sólo en que la ley fulminada ya no podrá ser aplicada en pleito alguno de ahí en adelante, sino en que se deben reputar inválidos los actos practicados en virtud de su aplicación. Se suele explicar el primer aspecto diciendo que la ley declarada inconstitucional es eliminada del ordenamiento jurídico, aunque la doctrina, por su manera de expresarse, a veces sugiera más bien la idea de que la resolución se ciñe a tornar ineficaz (y por ende inaplicable) la ley⁷.

La concepción clásica, recibida del derecho norteamericano, considera nula la ley inconstitucional, y nula *ab initio*, es decir, desde el momento de su entrada (aparente) en vigencia. Por lo tanto, los efectos de la declaración se producirán *ex tunc*. El corolario lógico de semejante entendimiento es la invalidez de todos los actos basados en dicha ley, inclusive de los realizados antes del fallo del Supremo Tribunal Federal. La única excepción pacíficamente admitida a esa regla es la cosa juzgada: aunque la sentencia firme se haya basado en la ley incompatible con la Constitución, su autoridad de cosa juzgada subsiste a la declaración de inconstitucionalidad⁸.

Un eminente jurista, autor del proyecto del vigente *Código de Processo Civil* brasileño, escribiendo bajo la Constitución de 1946, en la cual ya existía la figura de la acción declarativa de inconstitucionalidad, exponía la doctrina clásica en los siguientes términos: "*Sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que toda lei, adversa à Constituição, é absolutamente nula; não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a ab initio. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade*". Y más: "*Se toda a doutrina da inconstitucionalidade se*

fundamenta na antinomia entre a lei e a Constituição, e se a solução adotada se baseia no princípio da supremacia da Constituição sobre a lei ordinária, atribuir a esta uma eficácia transitória, enquanto não fulminada pela sentença judicial, equivale a negar durante esse tempo a autoridade da Constituição"⁹.

No obstante, en varios casos la solución tradicional puede resultar muy poco satisfactoria en la práctica. Ya en el período anterior a la Ley 9.868, el Supremo Tribunal Federal atenuaba en algunos supuestos el rigor del sistema expuesto arriba, para dejar subsistir ciertos actos, como por ejemplo los practicados por un funcionario público investido en su cargo *ex vi* de una ley posteriormente declarada inconstitucional¹⁰. En efecto: dichos actos podían haber influido de manera relevante en la situación jurídica de muchas personas, y no sería razonable hacer tabla rasa de todas esas consecuencias. Piénsese, por otro lado, en la resolución que declare inconstitucional la ley creadora de un impuesto que ya haya sido cobrado a lo largo de años, y en el descalabro que representaría para el Fisco la obligación de restituir las cuantías pagadas a los contribuyentes.

La Ley 9.868 ha tomado en consideración la conveniencia de abrir la posibilidad de un tratamiento variable para las distintas hipótesis. Según el artículo 27, habida cuenta de razones de seguridad jurídica o de un excepcional interés público, puede el Tribunal, mediante el voto de dos tercios de sus miembros (ocho ministros), restringir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o disponer que ella solo tenga eficacia *ad futurum* o a partir de un momento determinado.

4. En resumen:

- a) Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley por el Supremo Tribunal Federal brasileño varían según se trate del ejercicio del control difuso (declaración incidental) o del control directo y abstracto (acción declarativa de inconstitucionalidad o de constitucionalidad).
- b) En el control difuso, la declaración incidental procura efectos solamente en el pleito que constituye el objeto de la actividad cognitiva del Tribunal, y la ley declarada inconstitucional sub-

⁶ MERLIN CLÈVE, Clemerson. op. cit., p. 307.

⁷ Así, por ejemplo, DA SILVA, José Afonso. op. cit., p. 55.

⁸ FERREIRA MENDES, Gilmar. op. cit., p. 280; MERLIN CLÈVE, Clemerson op. cit., p. 252.

⁹ BUZAID, Alfredo. "*Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*". Sao Paulo, 1958, p. 128-131.

¹⁰ Es el caso del *Recurso extraordinário* 78.533 del 13 de noviembre de 1981. En: *Revista Trimestral de Jurisprudência*, volumen. 100, p. 1086.

- siste en el ordenamiento, a menos que el Senado suspenda su ejecución.
- c) En el control directo y abstracto, el fallo en la acción declarativa de inconstitucionalidad (o de constitucionalidad) tiene *pleno iure*, eficacia *erga omnes* y vincula todos los otros órganos judiciales y la Administración Pública.
- d) Tales efectos, por regla general, se producen *ex tunc*, es decir, desde la entrada en vigencia de la ley declarada inconstitucional, pero el Tribunal puede, si así se manifiestan por lo menos ocho ministros, restringir dichos efectos o disponer que se produzcan solo *ex nunc* o a partir de un determinado momento.
-