

# LAS JURISDICCIONES DE CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL MODELO FEDERATIVO BRASILEÑO

MAURO VIVEIROS\*

## SUMARIO

I. BREVES APUNTES SOBRE EL MODELO FEDERATIVO BRASILEÑO. II. PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS Y SUS CRITERIOS DE RELACIÓN. III. EL SUBSISTEMA ESTADUAL DE CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS Y ACTOS ESTADUALES Y MUNICIPALES. IV. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA DUPLICIDAD DE PARÁMETROS CONSTITUCIONALES EN EL ENJUICIAMIENTO DE UN MISMO OBJETO. V. EL PROBLEMA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES DE REPRODUCCIÓN OBLIGATORIA POR LOS ESTADOS MIEMBROS. VI. EL RECURSO EXTRAORDINARIO PARA EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: EL ELEMENTO DE ARTICULACIÓN ENTRE EL SUBSISTEMA Y EL SISTEMA FEDERAL DE CONTROL. VII. LA AMPLITUD DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA ACCIÓN DIRECTA DE NORMAS ESTADUALES DE COMPETENCIA DEL STF. VIII. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y EL AGOTAMIENTO DE LA INSTANCIA. IX. CONCLUSIÓN.

## RESUMEN

O presente artigo versa sobre o subsistema de controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, tema ainda não muito estudado na doutrina nacional e que sugere interessantes questões de funcionalidade. Nosso objetivo é enfatizar, especialmente, a autonomia e integração deste subsistema e sua relação com o sistema concentrado no Supremo Tribunal Federal, considerando o modelo de distribuição de competências no nosso Estado federativo, e a necessidade de preservação dos campos pertencentes à União e aos estados membros, à luz dos princípios da unidade e da igualdade.

---

\* Procurador de Justiça, Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, Brasil, licenciado en Derecho, Maestro en Derecho por la *UNESP*-Universidade Estadual Paulista, Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid, Profesor y Coordinador de Cursos de Pós-graduação en la Escola Superior do Ministério Público. Es autor de libros y capítulos, artículos para revistas especializadas y más de una centena de tesis en congresos nacionales.

*Palavras chaves:* Jurisdição; Controle abstrato; subsistema; autonomia; federação; sistema; competência; relação; integração; distribuição.

#### ABSTRACT

In this article the objective is commit about the subsystem of abstract control of constitutionality in the Brazilian constitutional legislation, theme not much studied that suggest interesting questions about it operation. Our objective is to emphasize, specially, appearance about the autonomy of this subsystem, in the way of the integration and the relation with the general system, concentrated in the Supremo Tribunal Federal, considering the model of the distribution of the legislative power in our federative model, and the need of preservation of the public's fields that belongs to the Union and to the members states down the principles of the unit and equality.

*Key words:* Jurisdiction; Abstract Control; Subsystem; autonomy; federation; system; competency; relation; integration; distribution.

#### I. BREVES APUNTES SOBRE EL MODELO FEDERATIVO BRASILEÑO

El Estado brasileño es una República de régimen federativo<sup>1</sup>, cuya organización entraña importante elemento en su sistema de control de constitucionalidad. Tres son los niveles de gobierno, formados por la Unión, veintiséis estados miembros y el Distrito Federal y más de cinco mil y quinientos municipios, todos autónomos y dotados de competencias materiales (ejecutivas) y legislativas en los términos y límites fijados por la Constitución Federal.

El Distrito Federal, donde están la capital Brasília y todos los tribunales superiores (incluso el Supremo Tribunal Federal), ocupa posición jurídico-constitucional semejante a los estados miembros, con las peculiaridades de no tener constitución, pero una Ley Orgánica que le hace las veces, ni haber en él municipios, pero sí ciudades satélites.

Se estructura un régimen de reparto de poderes que, conforme José Afonso da Silva<sup>2</sup>, combina competencias exclusivas, privativas y principio-lógicas con competencias comunes y concurrentes buscando reconstruir el

<sup>1</sup> Art. 1º. La República Federativa del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: I-la soberanía; II-la ciudadanía; III-la dignidad de la persona humana; IV-los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa; V-el pluralismo político. Par. Único. Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes electos o directamente, en los términos de esta Constitución» (CF).

<sup>2</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, 16ª ed., Malheiros, São Paulo, 1999, p. 477 y 479.

sistema federativo según criterios de equilibrio dictados por la experiencia histórica<sup>3</sup>. Arranca del principio de la predominancia del interés, según el cual en la Unión caben las materias y cuestiones de predominante interés nacional, mientras que a los estados miembros tocan las materias y asuntos de predominante interés regional, y a los municipios —que entre nosotros es también considerado entidad federada— los asuntos de interés local.

Aunqu Brasil se basara en el modelo de federación norteamericana<sup>4</sup> no sigue hoy solo la técnica de enumeración de los poderes de la Unión con reserva a los estados miembros de poderes remanecientes, como sucede en aquél sistema jurídico-político<sup>5</sup>. Visando superar el dualismo que separa las entidades federativas en campos exclusivos, mutuamente limitativos, acoge formas de composición más complejas, como el modelo vigente en Alemania, que procuran compatibilizar la autonomía de cada una con la reserva de campos específicos en áreas exclusivas o simplemente privativas con posibilidad de delegación, áreas comunes en que se prevén actuaciones paralelas y sectores concurrentes en que la competencia para establecer políticas generales, directrices generales o normas generales pertenece a la Unión, mientras tanto se defiende a los estados miembros competencia suplementar<sup>6</sup>.

Respeto a la competencia legislativa —que es la que más de cerca nos interesa en este estudio— son tres los niveles en el centro producción nor-

---

<sup>3</sup> Al contrario de lo que ocurrió en Suiza, Alemania y en los Estados Unidos, cuyo Estado federal es resultado de una agregación (federalismo por agregación) de Estados que a él preexistían, el Estado vino a superponerse a ellos, en Brasil la experiencia fue diversa; el Estado unitario, en obediencia a imperativos políticos (salvaguardia de las libertades) y de eficiencia, se descentralizó a punto de generar Estados que a él fueron sub-puestos (federalismo por segregación) (Cf. Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional*, 18ª ed., Saraiva, 1990, p. 44).

<sup>4</sup> Como es sabido, la autonomía puede tener diversos grados de control políticos y jurídicos, conforme se adopte un modelo que prime por una mayor o menor centralización del poder. El caso del Brasil puede ser visto como el de una baja autonomía, si la comparamos a la de los Estados Unidos de América, ya que, conforme el sistema constitucional de distribución de competencias vigente en Brasil la primacía legislativa cabe a la Unión en la medida que impide a los estados miembros el legislar sobre las principales materias, tales como: derecho civil, comercial, penal, procesal, electoral, agrario, marítimo, aeronáutico, espacial y de trabajo etc., consideradas privativas de la competencia de la Unión, mientras algunas de esas, en los Estados Unidos, competen a los estados federados.

<sup>5</sup> Esa técnica predominante en EUA es encontrada también en Suiza, Argentina y ex URSS y Yugoslavia, México y Australia, mientras la técnica inversa, es decir, la atribución de poderes enumerados a los estados y los remanecientes a la Unión es la que rige en Canadá; por fin, la técnica de la enumeración de las competencias de las entidades federativas es la empleada por Venezuela y India. (cfr. SILVA, José Afonso, ob. cit. p. 478).

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso, ob. cit. p. 479.

mativos: el de la Unión, a la que cabe legislar privativamente sobre las principales materias consideradas de interés nacional (Art. 22, CF); el de los estados miembros, competentes para legislar, en la forma autorizada en ley complementar, sobre cuestiones específicas de las materias de competencia privativa de la Unión (Art. 22, par. Único, CF), y el nivel de los municipios, en asuntos de interés local (art. 30, CF).

La Unión y los estados miembros pueden legislar concurrentemente, así como el Distrito Federal —que ejerce las competencias estatales y municipales—, sobre una serie de otras materias relacionadas en la Constitución (Art. 24, CF).

Asimismo, en el campo de la legislación concurrente, a la Unión se atribuye competencia para disponer únicamente sobre normas generales, mientras a los estados miembros se les asegura una competencia suplementar, incluso en forma plena en el caso de que la Unión no lo haga (Art. 24, par. 1º, 2º y 3º CF). Los municipios solo están autorizados a legislar sobre asuntos de interés local (Art. 30, I, CF), pero también les cabe suplementar la legislación federal y estadual (Art. 30, II, CF).

Aparte eso, el artículo 23 de la Constitución Federal cuida de lo que se denomina competencia común, es decir, materias sobre las que podrán disponer en común, la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios<sup>7</sup>.

## II. PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS Y SUS CRITERIOS DE RELACIÓN

El grande jurista brasileño Ruy Barbosa enseñaba que en cualquier país de Constitución escrita hay dos grados en el orden de la legislación: las leyes constitucionales y las leyes ordinarias. Pero, decía, en los países federalizados, como en los Estados Unidos y Brasil, la escala es cuádruplo: la Constitución Federal y las leyes federales, las Constituciones de los Estados y las leyes de estos<sup>8</sup>. Al añadirse ahora los Municipios brasileños, podría considerarse un orden más, una estructura federal triple (la Unión, los Estados-miembros y los Municipios).

Según el autor, es la propia jerarquía existente entre tales normas que traduce las reglas de precedencia, en la que la autoridad se distribuye por esas cuatro especies de leyes. En el antagonismo entre la primera y cual-

<sup>7</sup> Se trata de normas programáticas, con materias de contenido administrativo de gran relevo para la vida del Estado Federal, que exigen la cooperación de todos los entes políticos a fin de atender a objetivos que les son correlatos (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, *Controle da constitucionalidade das leis municipais*, 3ª ed., RT., São Paulo, 2003, p. 57; BULOS, Uadi Lammego, *Constituição federal anotada*, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 562).

<sup>8</sup> *Comentários a Constituição Federal brasileira*, Comp., Org. Homero PIRES, vol. IV, 1933, p. 137.

quiera de las otras, entre la segunda y las dos subsecuentes, o entre la tercera y la cuarta, la anterioridad en la gradación indica ya la precedencia en la autoridad. Una vez manifestada la colisión está *ipso facto* resuelta. El papel del tribunal es apenas declaratorio: no juzga conflictos, los indica como la aguja de un registro, y, indicándolos, señala por su naturaleza la solución. La ley más débil cede a la superioridad de la más fuerte<sup>9</sup>.

Escrita en pasado muy lejano, esta visión ya no describe la realidad vigente. Sin embargo de seguir siendo importante para solución de conflictos internormativos en los sistemas de constitución escrita, el criterio jerárquico no es el único y, quizá, ni el más utilizado<sup>10</sup>.

El modo de organización y de relación entre las fuentes de producción del <sup>11</sup>derecho es una cuestión de opción legislativa —una cuestión normativa— en cada país. En ordenamientos complejos como el brasileño, el español, el alemán etc., amén de lo criterio jerárquico se apareja el criterio de la competencia, según el cual las diferentes entidades productoras de normas sólo pueden legislar en su círculo propio de competencias constitucionales, siguiendo procedimientos previos por medio de fuentes de derecho adecuadas, con respecto al campo legislativo de los demás. El principio de competencia es doble: tanto se refiere a los órganos competentes para emitir normas cuanto regula las fuentes por medio de las cuales si pueden normar.

Santiago Muñoz Machado, en análisis al criterio de prevalencia de las normas del Estado frente a las de las comunidades o Estados-miembros —común en casi todos los países— refiere el cambio de significado que referido criterio supuso en Austria por influencia de Kelsen, para quien el principio de primacía tendría tan poca fuerza para romper el Derecho de

<sup>9</sup> Ídem, p. 137.

<sup>10</sup> Al respecto, Zeno VELOSO disiente de Ruy: «Solo pudimos recibir la lección del grande Ruy *cun grano salis*, esto es, con reservas y temperamentos. No existe, siempre, la jerarquía entre leyes de los diversos entes federativos. Las leyes federales no son, en todo y cualquier caso, más fuertes de que las leyes estaduais. Ni éstas estarán, inexorablemente, en grado superior al de las leyes municipales.» Y, refiriéndose al principio de derecho alemán según el cual 'el derecho federal corta derecho estadual', sostiene: «el derecho federal corta, siempre, el derecho local cuando la materia tratada es de la competencia privativa de la Unión (CF Art. 22), o está comprendida en la competencia concurrente cumulativa (CF, Art. 24, par. 4º). En estos casos sí, habiendo antinomias o colisión entre norma estadual y la norma federal, aquella es alejada, y prevalece la de la Unión. Pero, el derecho federal que extrapola su esfera de competencia es írrito, nulo, y, obviamente, no puede prevalecer sobre el derecho local editado dentro de su círculo de competencia, que, por tanto, es válido. En este caso, la ley federal no es más fuerte que la ley local, al contrario, y la regla se invierte: *Landesrecht bricht Bundesrecht*» (*Controle jurisdiccional de constitucionalidade*, 3ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 330).

<sup>11</sup> *Lecciones y materiales para estudio del Derecho Administrativo, Tomo I, Derecho Administrativo e Sistema de Fuentes*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 89-90.

los *Lander* como lo contrario, es decir, el Derecho de los *Lander* para imponerse al Derecho del *Bund*. Lo decisivo es el reconocimiento de la validez y la eficacia de aquella de las dos normas en conflicto que haya sido dictada por el legislador competente. Sin competencia no hay prevalencia posible<sup>12</sup>.

En este supuesto, acentuar el principio de jerarquía basado en la supuesta superioridad del órgano de producción jurídica es conducir a la equivocada noción de supremacía del ordenamiento nacional sobre lo de los Estados miembros y lo de estos sobre lo de los Municipios<sup>13</sup>. Las distintas funciones que cumplen los principios de jerarquía y de competencia modulan la relación entre los ordenamientos.

En el primer caso, la función jerárquica da origen a una estructura vertical de normas en la que el fundamento de validez de la norma inferior está en la supremacía de la norma inmediatamente superior. En esta concepción kelseniana las normas tienen una graduación, no se comunican, no interaccionan: son válidas o inválidas. En el segundo, la estructura es horizontal, las normas inciden en sus ámbitos específicos y no se sitúan en una relación de validez o invalidez, se articulan, se comunican de conformidad con la materia o sectores a que están llamadas a regular. Por tanto, a la noción de supremacía —que remite a la jerarquía— se contrapone la noción de primacía —que es referida a la competencia— de unas normas sobre otras. La norma que goza de primacía rige la cuestión y no invalida, sino que desplaza la norma concurrente.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Hablando sobre el derecho español, Díez Picazo sostiene: «el principio de competencia es, junto al principio de jerarquía-fuentes, uno de los principios rectores del sistema de fuentes del Derecho en el ordenamiento español. En cuanto tal, se trata de uno de los modos posibles de organizar un ordenamiento complejo, es decir, un ordenamiento en el que coexisten diversos tipos normativos, cada uno de los cuales es expresión de una diferente potestad normativa, atribuida usualmente a un órgano distinto y con un propio *nomen iuris* (ley orgánica, reglamento parlamentario, etc.). En sustancia, la competencia normativa consiste en acotar un ámbito material y encomendar su regulación a un determinado tipo de norma, de manera que los demás tipos de normas no puedan, en principio, incidir sobre dicha materia» (DÍEZ-PICAZO, L. M<sup>a</sup>, *Competencia. Fuentes*, in *Temas básicos de derecho constitucional*, Tomo I, *Constitución, estado constitucional y fuentes de desarrollo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 242).

<sup>13</sup> Es falsa la idea de jerarquía en tal situación; todo se resume en una cuestión de competencia, de actuación dentro de la respectiva órbita de atribución de cada ente político. Dice Veloso: «En la esfera de la competencia municipal, es la ley local que prevalece, desplazando la ley estadual y también la ley federal que hayan invadido este espacio reservado. Es inconstitucional, por ejemplo, la norma de la propia Constitución del Estado-miembro que haya regulado asunto pertinente a la competencia exclusiva municipal, al interés local de la comunidad, que solo podría ser tratado válidamente por ley orgánica o por la legislación ordinaria del Municipio. Pero la legislación municipal, obviamente, tiene que obedecer a los principios establecidos en la Constitución Federal y en la Constitución del respectivo Estado-miembro (Zeno VELOSO, ob. cit. pp. 352-353).

<sup>14</sup> El Tribunal Constitucional español respecto a este tema, tuvo ocasión de decir: «Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el

Cuando miramos el Estado federal brasileño, con sus reglas constitucionales claras de distribución de competencia conforme a ámbitos demarcados para cada ente político, nadie podría sostener, con rigor técnico, que hay supremacía del ordenamiento federal sobre el estadual y de éste sobre el municipal. Lo que hay, en realidad, es una relación vinculada a zonas de competencias de cada ente político, cuyos límites materiales de acción están previamente adscritos por la Constitución. La supuesta supremacía de la Unión sobre los Estados, y hasta de éstos sobre los Municipios, no reside en jerarquía jurídica, sino en la naturaleza de las funciones materiales, en la misión que cada ente debe desempeñar en el orden jurídico-político, orientadas por la unidad y el equilibrio federativo.

La autonomía de los entes federativos jamás subsistiría si la Unión pudiera ejercer potestad legislativa en campos reservados a los Estados y Municipios invocando su soberanía, concepto negativo, relacionado al ámbito internacional, inoponible a entes políticos internos, en relación a los cuales a tales efectos no tiene aplicación<sup>15</sup>.

Al respecto señala Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

«La autonomía presupone una división de competencias. El poder de disponer obligatoriamente (la competencia) es repartido entre la Unión (el Poder Central) y los Estados (el poder regional), excepcionalmente con poderes locales-municipios. Esta repartición se da por dos técnicas principales. La primera es la de la reserva de materias a la Unión o a los Estados, de ahí competencias reservadas o exclusivas de la Unión o de los Estados. En este caso, solamente quien recibió la competencia puede dis-

---

de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevaleciente debida a diferentes razones (DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, en consulta formulada por el Gobierno del Estado acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española en los artículos I-6, II-111 e II-112 del Tratado por que se establece una Constitución para Europa).

<sup>15</sup> José Afonso da SILVA recuerda la distinción entre soberanía y autonomía: «La soberanía consiste en la autodeterminación plena, nunca dirigida por determinaciones jurídicas extrínsecas a la voluntad del soberano, que es el pueblo en su expresión nacional, mientras la autonomía, como poder propio dentro de un círculo trazado por otro, presupone al mismo tiempo una zona de autodeterminación, que es lo propiamente autónomo, y un conjunto de limitaciones y determinaciones jurídicas extrínsecas, que es lo heterónimo. La zona de autodeterminación y el conjunto de limitaciones son impuestos por la Constitución Federal, que asegura a los Estados la capacidad de auto-organizarse por Constitución propia, observados los principios de ésta (*Curso de direito constitucional positivo*, 16ª ed., Malheiros, São Paulo, 1999, p. 592).

poner sobre la materia, con exclusión de cualquier otro. De ahí, por ejemplo, el poder constituido de la Unión no puede invadir la esfera de competencia de los Estados, so pena de inconstitucionalidad. Esta técnica es llamada de reparto horizontal, porque separa competencias como si separase sectores en el horizonte gubernamental.

A veces, la misma materia es dejada al alcance de uno (Unión) o de otro (Estados); se dice que tienen competencia concurrente. La competencia de los Estados, en ciertas hipótesis, sólo existe antes o en la falta de manifestación de la Unión; es, por ello, una competencia suplidora.

Otra técnica, llamada de reparto vertical, consiste en distinguir niveles en relación a determinada materia. Atribuye, pues, la misma materia a la Unión y a los Estados pero en niveles diferentes que se superponen. Así, por ejemplo, a la Unión, si da la determinación de directrices y bases o la fijación de normas generales, y a los Estados en su desdoblamiento y complementación; en esto caso suele decirse que el Estado tiene competencia complementar»<sup>16</sup>.

Ejemplo gráfico del que se acaba de exponer es lo que ocurre en la situación contemplada en el Art. 24, par. 3º y 4º de la CF, cuyas normas, autorizando a los Estados miembros a legislar plenamente en ausencia de ley federal sobre normas generales, en el ámbito de la legislación concurrente, suspende la eficacia de la ley estadual en el caso de superveniencia de ley federal en aquello que le sea contrario. Se tiene en la hipótesis un criterio de solución de conflictos basado en la competencia legislativa superveniente, no porque haya jerarquía de la Unión federal, sino porque el campo «normas generales» se introduce en la competencia legislativa típica de aquél ente normante, campo éste que sólo puede ser ocupado por los Estados miembros ante la inercia legislativa de la Unión. Una vez ejercida la potestad legislativa por el ente primigeniamente competente, queda simplemente alejada la eficacia de la norma estadual de carácter general, no nula, pues que ésta hubiera sido aprobada y entrara regularmente en el sistema jurídico conforme la constitución<sup>17</sup>. Suponiendo que la Unión viniera posteriormente a revocar esta ley de carácter general sin más, no habría dudas de que la ley estadual, que estaba privada de eficacia, no nula, debería recobrar eficacia *ex nunc* regulando la materia.

Siendo la categoría jurídica competencia el centro de gravedad en torno del cual se estructura la relación entre ordenamientos jurídicos del Es-

<sup>16</sup> Ob. cit. pp. 43-44.

<sup>17</sup> Mientras la jerarquía se manifiesta por la superioridad de una orden y, por ende, de unas normas más fuertes sobre otras, evocando fuerza vertical, la primacía se manifiesta como simple criterio de preferencia en la aplicación de normas en un plano horizontalizado, en el que no tiene vigencia la noción de subordinación, pero antes la de complementariedad y colaboración.

tado federal, la jerarquía entre los productos normativos no juega cualquier papel en los conflictos entre normas oriundas de diferentes fuentes y potestades. En un enfrentamiento entre ley federal y ley estadual tanto la una como la otra podrán ser igualmente válidas, si la norma es editada en obediencia a la competencia y en los límites que la Constitución Federal adscribe al ente normante para regular la materia en cuestión, lo que no ocurriría si el criterio determinante fuera el de jerarquía, ya que, en tal supuesto, la ley federal, proveniente de un ente de autoridad superior, siempre desplegaría una fuerza irresistible sobre la ley estadual anulándola. A la misma conclusión se llegaría en el caso de un conflicto por referencia a las fuentes de las normas: las normas de fuentes más graduadas, ley complementar, ley ordinaria y reglamentos prevalecerían siempre sobre las de fuentes inferiores, lo que no es cierto, como hemos demostrado.

El acento, por tanto, está en la competencia que la Constitución asigna a cada ente político autónomo para crear sus normas. Así, la inconstitucionalidad no surge siempre de manera vertical de arriba abajo, ya que el poder legislativo de la Unión no puede disponer sobre cualquier contenido debiendo observar el ámbito constitucional de competencia de los demás entes políticos, principal característica del régimen federativo. Por ello, el papel del tribunal en el ejercicio del control de constitucionalidad frente a conflictos normativos, producto de entes políticos diversos, será subsidiariamente un papel de árbitro de conflictos competenciales<sup>18</sup> en el que velará porque cada ente permanezca en su ámbito constitucional de producción del derecho<sup>19</sup>.

Buena prueba de todo ello son las hipótesis tajantes de intervención de la Unión en los Estados-miembros y de estos en los Municipios, traduciendo limitaciones constitucionales recíprocas entre los entes federales, por las cuales se asegura la competencia material de todos y de cada uno de ellos, en aras de la armonía en el pacto federativo.

El Supremo Tribunal Federal ya tuvo oportunidad de manifestar ese

---

<sup>18</sup> No se habla aquí de la función típica de resolución de «causas o conflictos entre la Unión y los Estados, la Unión y el Distrito Federal, o entre unos y otros, incluso las respectivas entidades de la administración indirecta», competencia originaria del STF prevista en el Art. 102, I, letra f, CF, sino de la acción de control de constitucionalidad de ley o acto normativo federal o estadual, del mismo Art. 102, I, letra a, CF, por medio de la cual el STF puede cumplir esa función pacificadora de litigio manifestado en normas.

<sup>19</sup> El ejemplo que Zeno ofrece es bastante gráfico: «imaginemos los casos en que la ley federal instituya región metropolitana en determinado Estado miembro, o suprima Distrito en un Municipio. Tales materias son de competencia, respectivamente, del Estado-miembro y del Municipio (CF, Arts. 25, par. 3º, y 30, IV). Las leyes locales editadas sobre esos asuntos, por tanto, dentro del ámbito de competencia de los mencionados entes federativos, prevalecerán sobre la regla federal, que, en los ejemplos dados, perpetró una invasión de competencia, ferió el equilibrio federativo, está impregnada de inconstitucionalidad, no es válida (Ob. cit. p. 330).

entendimiento, es decir, que la inconstitucionalidad surge no por violación al principio de jerarquía entre las normas infra constitucionales, sino por vulneración a la competencia establecida por la Constitución<sup>20</sup>.

### III. EL SUBSISTEMA ESTADUAL DE CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS Y ACTOS ESTADUALES Y MUNICIPALES

Ahora bien, dada la autonomía político-administrativo en tres niveles en el Estado brasileño, con sus veintiséis estados, un distrito federal y millares de municipios, todos con capacidad de producción normativa, cuyos entes emiten no solamente leyes formales sino también variadas especies normativas, podría representar serios riesgos a la garantía de la Constitución Federal y a la propia capacidad de respuesta del Supremo Tribunal Federal, acaso si siguiese un modelo de jurisdicción constitucional concentrado único y exclusivo en aquella Corte Suprema.

La Constitución,<sup>21</sup> profundizando su garantía, ha optado por una doble estructura de jurisdicción: en el nivel federal y en el nivel de los estados miembros, fenómeno no suficientemente desarrollado por la doctrina jurídica brasileña. Como se estructura este sistema, cuales son las principales cuestiones que puede suscitar y, quizá, fornecer alguna sugerencia integradora a la luz de los principios federativos es nuestra pretensión.

Aparte el sistema de control abstracto de competencia del Supremo Tribunal Federal (Art. 102, I, CF), prevé la Constitución Federal en su artículo 125 que los Estados organizarán su Justicia, observados los principios establecidos en esta Constitución. Y en el párrafo primero: La Competencia de los tribunales será definida en la Constitución del Estado, siendo la ley de organización judicial de iniciativa del Tribunal de Justicia.

Específicamente en el párrafo segundo dispone: Cabe a los Estados la institución de representación de inconstitucionalidad de leyes y actos normativos estaduais o municipales frente a la Constitución del Es-

---

<sup>20</sup> ADI 1.503, voto del Min. Maurício CORRÊA, DJ 18/05/01. En el sentido de la inconstitucionalidad de ley ordinaria que invade campo asignado a ley complementar, el juzgado del STF *in* RTJ 105/194.

<sup>21</sup> La estructura federal es un elemento esencial de garantía a la Constitución, porque «se trata de una división vertical de poderes que tiene también por objeto el equilibrio y control de fuerzas, que no sólo se manifiesta en el juego de fuerzas políticas, sino también en la conservación del orden constitucional. Ello es válido en ambas direcciones: Los *Lander* intervienen a través del Consejo Federal en la formación de la voluntad federal; ante violaciones de la Constitución pueden recurrir ante el Tribunal Constitucional Federal. Y a la inversa, la Federación puede cooperar en la observación de la Constitución por parte de los *Lander*. El vínculo de la 'fidelidad federal' tiene además la función de 'unir más estrechamente bajo el orden jurídico constitucional común a las partes', mutuamente dependientes, del Estado Federal...» (STERN, Klaus, *Derecho de la republica federal alemana*, CEC, Madrid, 1997, pp. 374-375).

tado, vedada la atribución de legitimación para actuar a uno único órgano<sup>22</sup>.

A ejemplo del modelo alemán, la Constitución Federal ha previsto un subsistema<sup>23</sup> de jurisdicción de control de constitucionalidad en el modo abstracto, con parámetro de control constitucional propio —la Constitución del Estado miembro—, un órgano de control específico —el Tribunal de Justicia de los estados—, un objeto de control determinado —leyes o actos normativos estaduais y municipales— con reglas de legitimación y de proceso igualmente propias, establecidas en ley específica de iniciativa de los tribunales de justicia estaduais. El Distrito Federal se cuenta también en este subsistema, ya que, de acuerdo con la ley n° 8.185, de 4 de mayo de 1991, con la redacción de la ley n° 9.868, de 10 de noviembre de 1989, instituyó representación de inconstitucionalidad de actos normativos distritales frente a la Ley Orgánica Distrital, que es su parámetro constitucional propio.

Al innovar el sistema de control abstracto de normas y profundizar la autonomía a favor de los Estados miembros, la Constitución<sup>24</sup> promueve la descentralización de la Jurisdicción constitucional en el campo del control abstracto, antes monopolizado en el Supremo Tribunal Federal. Tal estrategia, sumada a la apertura en la legitimación procesal y a la introducción de nuevos instrumentos de control abstracto en el STF, materializa clara opción del constituyente por la reducción de la actividad de control en la vía difusa<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Tal como apunta Gilmar Ferreira Mendes, todas las Constituciones estaduais disciplinaron el instituto con mayor o menor legitimación. Y algunas unidades federadas instituyeron no solo a acción directa de inconstitucionalidad sino también la acción directa por omisión; son los casos del Estado do Acre, Amazonas, Bahia, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Rondônia, Santa Catarina y São Paulo (*Curso de direito constitucional*, Saraiva-IDP, 6° ed., São Paulo, 2011, p. 1423).

<sup>23</sup> Regina Maria Macedo Nery FERRARI afirma: «La Constitución del Estado-miembro no es más que un subsistema, disponiendo el artículo 125 de la Constitución que «Los Estados se organizan y se rigen por la Constitución y las leyes que adoptaren, observados los principios de esta Constitución» (*Controle da constitucionalidade das leis municipais*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p.91).

<sup>24</sup> Se habla de innovación constitucional porque antes, la EC 16/1965, previó, en el Art. 124, XIII, de la Carta de 1946, que: «la ley podrá establecer proceso de competencia originaria del Tribunal de Justicia, para declaración de inconstitucionalidad de ley o acto del Municipio en conflicto con la Constitución del Estado». Es decir, sólo se contemplaba la posibilidad de control abstracto de norma municipal —no estadual— y desde que ley federal así disciplinara, lo que nunca ocurrió.

<sup>25</sup> El crecimiento del ámbito de control concentrado en el Brasil, que tiene inicio con la Enmienda Constitucional 16, de 26.11.1965, que introdujo la representación de inconstitucionalidad ante el STF, más allá de las acciones procesales directas de control *in abstracto* mencionadas en el texto, se traduce en: la reclamación para la preservación de la competencia y garantía de la autoridad de las decisiones del STF, (Art. 102, I, L, CF), por medio de la cual el STF puede avocar proceso de control de constitucionalidad de normas que reputa de su com-

Esta doble estructura del control abstracto en el régimen federativo brasileño plantea cuestiones peculiares de relación entre el sistema general de control y el subsistema de los estados miembros, lo que es visible si se tiene en cuenta que las leyes y actos normativos estaduais son pasibles de control también en el Supremo Tribunal Federal en la vía de control abstracto.

#### IV. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA DUPLICIDAD DE PARÁMETROS DE ENJUICIAMIENTO DE UN MISMO OBJETO

El artículo 102, de la Constitución Federal establece: Compete al Supremo Tribunal Federal, precipuamente, la guardia de la Constitución, cabiéndole: I-procesar y juzgar, originariamente: a) la acción directa de inconstitucionalidad de ley y acto normativo federal o estadual<sup>26</sup> y la acción declaratoria de constitucionalidad de ley y acto normativo federal.

Así, mientras el campo de actuación del subsistema es el control abstracto de normas estaduais y municipales por ofensa a la Constitución del Estado, el campo de la jurisdicción de control de constitucionalidad del Supremo Tribunal Federal es el todo de la federación, cualquier ofensa a la Constitución Federal por ley o acto normativo federal o estadual. Como puede verse, el campo de la jurisdicción del STF es más dilatado y contiene parte del objeto de control perteneciente al subsistema, o sea, las normas estaduais.

Esta circunstancia connatural en los estados federales —pues de lo contrario quedaría al margen de control por el STF el derecho de los estados miembros— produce una zona común en la actuación de dos tribunales sobre un mismo objeto, por el que el derecho de los Estados miembros sufre doble control derivado de parámetros constitucionales distintos, lo que no ocurre en relación a las normas municipales, que en el modo abstracto son controladas solo dentro del subsistema<sup>27</sup> y, claro, también por la vía del control difuso<sup>28</sup>.

---

petencia y decidir sobre el fondo de la cuestión constitucional; y la ADPF-alegación de incumplimiento de precepto fundamental «decurrente» de la Constitución (Art. 102, III, par. 1º, CF).

<sup>26</sup> Con la voz «estadual» en Brasil se hace referencia a los estados miembros, mientras la voz «federal» es utilizada para referirse a la Unión.

<sup>27</sup> La Constitución Federal, en su artículo 102, I, sólo prevé la competencia de control abstracto del STF para «ley o acto normativo federal o estatal»; y en el Art. 125, par. 2º, autoriza la creación de la jurisdicción estatal de control sobre las leyes y actos normativos estatales y municipales frente a la Constitución del Estado. En Brasil no hay, por tanto, control abstracto de leyes y actos municipales frente a la Constitución Federal. Las normas municipales, por tanto, son objeto de control en el subsistema, el que se explica por el elevado número de Municipios en el país.

<sup>28</sup> «Si tratando de ley municipal, el control de constitucionalidad se hace por el sistema difuso —y no concentrado— o sea, apenas en el juicio de casos concretos, con eficacia *inter partes* y no

De la duplicidad de parámetros de control deriva una concurrencia de jurisdicciones de control de constitucionalidad *in abstracto*<sup>29</sup>: el STF, como guardia de toda la Constitución Federal, y los Tribunales de Justicia de los Estados como guardianes de la Carta estadual<sup>30</sup>. Así que, una norma del Estado miembro tanto puede vulnerar la Constitución del Estado-miembro como la Constitución Federal.

Pero, como ni la Constitución ni la ley han regulado los criterios de esa concurrencia jurisdiccional, no habiendo regla normativa de preferencia o de primacía de una sobre otra, es posible que sean instauradas dos acciones directas concomitantes sobre una misma norma estadual en los dos tribunales. Los diversos legitimados en el plano federal<sup>31</sup> —que no son necesariamente los mismos en los estados— y los legitimados en el Estado, pueden accionar directamente las instancias competentes de control sin restricción procesal, incluso sin observancia de plazo —no existente en el control abstracto brasileño—, lo que podría generar riesgos de conflictos decisorios entre las jurisdicciones.

Aunque es cierto que «la existencia de las jurisdicciones estaduais y federal confiere al perjudicado una doble protección, sea cuando el acto es incompatible con disposiciones federales y estaduais materialmente diversas, sea cuando vulnera preceptos concordantes de la Constitución Federal o

---

*erga omnes*, cuando confrontado el acto normativo local con la Constitución Federal. El control de constitucionalidad concentrado, en este caso, solamente será posible frente a la Constitución de los Estados, si ocurriera la hipótesis prevista en el § 2º del Art. 125 de la Constitución Federal.» (STF-ADI 209, Rel. Min. Sydney SANCHES, DJ 11/09/98, fuente: www.stf.gov.br).

<sup>29</sup> También Celso Ribeiro BASTOS distingue los dos sistemas de control abstracto: «tenemos un sistema mayor donde el Supremo Tribunal Federal cuida del control de la constitucionalidad de las normas y actos federales y estaduais frente a la Constitución Federal. Y, en la esfera estadual, otro sistema concentrado que controla la constitucionalidad de las normas y actos municipales y estaduais frente a la Constitución de los Estados, por tanto, un microsistema de control de constitucionalidad» (*Curso de direito constitucional*, 11ª ed., Saraiva, São Paulo, 1989, 411).

<sup>30</sup> En Alemania, en donde hay también doble jurisdicción de control en el modo abstracto, hay concurrencia de jurisdicción por los mismos motivos; sin embargo, mientras allí el parámetro para el ejercicio de control por el *Bundesverfassungsgericht* es la Constitución Federal y las leyes federales (BVerfGE 6:382; BVerfGE, 11:94) y el parámetro para el control ejercido por un *Landesverfassungsgericht* es sólo la Constitución estadual, en nuestro sistema el parámetro de control de constitucionalidad por el STF es únicamente la Constitución Federal y el parámetro en el subsistema es únicamente la Constitución estadual (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, ob. cit. p. 217).

<sup>31</sup> Son ellos: el Presidente de la República, las Mesas de la Cámara de los Diputados y del Senado, Mesa de Asamblea Legislativa de Estado o Cámara Legislativa del Distrito Federal, el Gobernador del Estado o del Distrito Federal, Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Orden de los Abogados, los Partidos Políticos con representación en el Congreso Nacional, Confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional (Art. 103, CF).

de la Carta Estadual»<sup>32</sup> —lo que es particularmente visible en tema de derechos subjetivos—, la posibilidad de que una ley o acto estadual sea considerado inconstitucional por un tribunal y constitucional por otro es un problema que supera cualquier argumento de ventaja y, además, representa exactamente la consecuencia que el control concentrado intenta evitar.

La posibilidad de que una norma estadual plenamente conforme a la Constitución del Estado miembro, produciendo efectos jurídicos por varios años, sea enjuiciada libremente en el Supremo Tribunal Federal y, incluso, suspendida por una decisión cautelar liminar, paralizando parte del ordenamiento estadual, es factor de inseguridad que el sistema jurídico no puede ignorar.

Pero el supuesto inverso no es menos problemático: si acaso el Tribunal de Justicia estadual declara inconstitucional una norma, que también haya sido impugnada en el STF, y la expulsa de su ordenamiento, tras el transito en juzgado de esta sentencia la Corte Suprema queda inexorablemente vinculada a la decisión de este tribunal inferior, pues no podría decidir en sentido contrario en las acciones a su cargo, porque, expulsada la norma del ordenamiento estadual, el Supremo Tribunal no tendría objeto que enjuiciar<sup>33</sup>, aunque el tribunal local pudiera haber cometido un grave error en la interpretación del parámetro de la Constitución Federal.

Es cierto que, para evitar tales contradicciones, el STF ha determinado la suspensión del trámite de la acción directa propuesta en el Tribunal de Justicia del estado sobre la misma norma, hasta el juicio del merito de la acción directa de su competencia<sup>34</sup>, si el parámetro de control también es

---

<sup>32</sup> Cf. PESTALOZZA, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2005, p. 217.

<sup>33</sup> «Evidentemente, a sentença de rejeição de inconstitucionalidade proferida por uma Corte não afeta o outro processo, pendente perante outro tribunal, que há de decidir com fundamento em parâmetro de controle autônomo. Todavia, declarada a inconstitucionalidade de direito local em face da Constituição estadual, com efeito *erga omnes*, há de se reconhecer a *insubsistência* de qualquer processo eventualmente ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal que tenha por objeto a mesma disposição. Da mesma forma, a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual em face da Constituição Federal torna insubsistente (*gegenstandslos*) ou sem objeto eventual arguição, pertinente à mesma norma, requerida perante Corte estadual.» (MENDES, Gilmar Ferreira, «O Controle de Constitucionalidade do Direito Estadual e Municipal na Constituição Federal de 1988», *Revista Jurídica Virtual*, Vol. I, Jul/ 1999).

<sup>34</sup> «Suspensión de la acción directa en el ámbito estadual hasta el juicio del merito de la que tramita ante el STF. (...) Verificada la reproducción obligatoria por la Carta Estadual (artículos 76, incisos I, II, IV, V e VI) de las disposiciones constantes de los incisos I, II, IV, V e VI del artículo 71 de la Constitución Federal, es del STF la competencia para juzgar la acción. (...) Si la ADI es propuesta inicialmente ante el Tribunal de Justicia local y la violación suscitada dice respecto a preceptos de la Carta de la República, de reproducción obligatoria por los Estados-Miembros, debe el Supremo Tribunal Federal, en esta parte, juzgar la acción, suspendiendo la de allá; si amén de las disposiciones constitucionales federales hay otros fundamen-

previsto en la Constitución Federal. Pero esto no resuelve el problema cuanto el momento del ejercicio de la competencia en cada una de las dos jurisdicciones y de los límites o extensión del control.

El problema deriva de la necesidad de los Estados-miembros observar y reproducir en sus Constituciones los principios constitucionales considerados fundamentales al Estado brasileño, los cuales pueden funcionar, por sí solos, como parámetro de control de constitucionalidad en el subsistema.

#### V. EL PROBLEMA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES DE REPRODUCCIÓN COMPULSORIA POR LOS ESTADOS MIEMBROS

Los Estados-miembros en Brasil se organizan y se rigen por su Constitución y leyes que adoptaren, pero observados los principios de la Constitución Federal (Art. 25, CF). El Estado-miembro es un poder jurídicamente limitado por la Carta Federal<sup>35</sup>, que impone a todos, Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios, la competencia común de velar por la guardia de la Constitución, de las leyes y de las instituciones democráticas (Art. 23, I, CF).

Entre los principios constitucionales a ser observados por los Estados miembros están los llamados «principios sensibles», así denominados en la doctrina por ser de percepción evidente, manifiestos en el texto constitucional y porque, si acaso contrariados, provocan reacción vigorosa del sistema de defensa constitucional. Son los que imponen: a) la forma republicana, sistema representativo y régimen democrático; b) derechos de la persona humana; c) autonomía municipal; d) prestación de cuentas de la administración pública directa y indirecta; e) aplicación del mínimo exigido de los ingresos resultantes de impuestos estatales, comprendida la proveniente de transferencias, en la manutención y desarrollo de la enseñanza y en las acciones y servicios públicos de salud» (Art. 34, VII, CF).

Aparte de estos, hay muchos otros principios y reglas constitucionales de aplicación a los Estados-miembros que limitan su autonomía de organización. Además, incluso en lo que respecta al poder de tributar la Cons-

---

tos envolviendo dispositivos de la Constitución del Estado, la acción allí en curso deberá ser sobrestada hasta que esta Corte juzgue en definitivo el mérito de la controversia.» (ADI 2.361-MC, Rel. Min. Maurício CORRÊA, DJ 01/08/03-fuente: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)).

<sup>35</sup> «...como enseña Anna Cândida da CUNHA FERRAZ, es un poder que nace, vive y actúa con fundamento en la Constitución Federal que le da sustento; es un poder, por tanto, sujeto a límites jurídicos, impuestos por la Constitución mayor». Esas limitaciones son de dos ordenes: las Constituciones Estaduales no pueden contrariar la Constitución Federal (limitación negativa); las Constituciones Estaduales deben concretar en el ámbito territorial de su vigencia los preceptos, el espíritu y los fines de la Constitución Federal (limitación positiva)» (MENDES, Gilmar Ferreira, ob. cit. p. 225).

titudin Federal impone a los estados severas limitaciones, dejando un estrecho margen al legislador constituyente del Estado miembro, otra característica de las federaciones actuales<sup>36</sup>.

Ahora bien, es por medio de estos principios que la Constitución intenta alcanzar la unidad e igualdad entre los entes federados, especialmente por los llamados principios sensibles, cuya desobediencia implica, incluso, la intervención de la Unión en los Estados y de estos en los Municipios<sup>37</sup>. Se entiende que tales principios pueden o no constar en el texto de las Constituciones estatales, pero serán de respecto obligado por todos los Estados, hecho que plantea dudas sobre la naturaleza de esas normas que, si desde el punto de vista formal son normas de la Constitución del Estado-miembro, si reproducidas en su texto, del punto de vista material serían normas de la Constitución Federal y, por lo tanto, solo servirían de parámetro de control de constitucionalidad abstracto en el ámbito del STF.

El Supremo Tribunal Federal, al enjuiciar la Reclamación n. 370-MT, relator Min. Octavio Gallotti, el 11.12.1991<sup>38</sup>, entendiera que a los Tribunales de Justicia estatales faltaría competencia para conocer de la representación de inconstitucionalidad de ley estatal o municipal frente a parámetros formalmente estatales, pero sustancialmente integrantes del orden constitucional federal.

Según el Tribunal, el texto reproducido en la Constitución del Estado «no obstante la forma de su proposición normativa de su enunciado, vale

<sup>36</sup> El que se tiene verificado en la práctica, dice Zeno VELOSO, «tanto en el Brasil como en otras federaciones, es una excesiva expansión de las prerrogativas, de las funciones, de las competencias, en fin, de los poderes de la Unión, en detrimento de otras unidades federadas» (ob. cit. p. 331). La Carta de 88 no ha logrado resolver el problema de la concentración de poderes. Para Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, la competencia estatal es, frente la competencia de la Unión, como hacen fe los artículos 21 y 22 de la Constitución, de las más reducidas, sea en extensión, sea en importancia, concluyendo: Aparece en eso una señal segura e insofismable de la centralización de que sufre el federalismo brasileño». Y prosigue Zeno: «Esto es lamentable y preocupante, no sólo porque la centralización exacerbada hiere el equilibrio que debe existir entre los entes federativos, también se presta al surgimiento de gobiernos autoritarios» (ob.cit. p. 331-332).

<sup>37</sup> Art. 34. La Unión no intervendrá en los Estados ni en el Distrito Federal, excepto para: (...), VII.—asegurar la observancia de los siguientes principios constitucionales: a) forma republicana, sistema representativo y régimen democrático; b) derechos de la persona humana; c) autonomía municipal; d) prestación de cuentas de la administración pública, directa e indirecta; e) aplicación de lo mínimo exigido del ingreso resultante de impuestos estatales, comprendida la proveniente de transferencias, en la manutención y desarrollo del ensino y en las acciones y servicios públicos de salud». Art. 35. El Estado no intervendrá en sus Municipios, ni la Unión en los Municipios localizados en Territorio Federal, excepto cuando: (...); IV.—el Tribunal de Justicia diere proveimiento en la representación para asegurar la observancia de principios indicados en la Constitución Federal, o para proveer la ejecución de ley, de ordene o de decisión judicial».

<sup>38</sup> DJU de 20.4.1992.

por la simple explicitación de la absorción compulsoria del precepto federal, esa, la norma verdadera, que extrae fuerza de su recepción por el ordenamiento local, exclusivamente de la supremacía jerárquica absoluta de la Constitución Federal»<sup>39</sup>. Luego, acciones directas promovidas con base en tales parámetros contenidos en la Constitución del Estado-miembro son, en verdad, acciones directas frente a la Constitución Federal.

Al no reconocer como jurídicas las normas reproducidas en la Constitución estadual por mandamiento de la Constitución Federal, la sentencia negaba prácticamente la *ratio* del subsistema de control abstracto pues, como hemos apuntado, muchos son los principios constitucionales y reglas de observancia obligatoria por el Estado-miembro, quedándole un margen de producción normativa originaria, de nivel constitucional, muy pequeño, de manera que, si prevaleciera tal enfoque restrictivo pocas serían las disposiciones que podrían servir como parámetro constitucional genuinamente estadual.

Este entendimiento, además de disminuir sensiblemente el ámbito de la jurisdicción de control abstracto en los Estados miembros, produciría una concentración en la actividad de control del Supremo Tribunal Federal, aumentando su grave crisis de productividad, exactamente lo que la Carta Federal quiso evitar. La interpretación, pues, no era conforme la opción constitucional descentralizadora.

El Supremo Tribunal Federal, en el enjuiciamiento de la Reclamación n. 383-SP., en que fue relator el Ministro Moreira Alves, cambió aquella interpretación asentando la plena juridicidad de las normas constitucionales estaduais que reproducen las normas centrales de la Constitución Federal. Sostuvo el relator: «esas normas son normas jurídicas, y tienen eficacia en su ámbito de actuación, hasta para permitir la utilización de los medios procesales de tutela de ese ámbito (como el recurso especial, en lo tocante al artículo 6º de la ley de introducción al Código Civil, y las acciones directas de inconstitucionalidad frente a la Constitución estadual)»<sup>40</sup>.

En efecto, el propósito de la norma del artículo 125 § 2º de la Constitución Federal es claramente el de entregar a los Estados la facultad de crear un sistema propio de control de constitucionalidad de su derecho en la vía abstracta, limitado lógicamente por los principios constitucionales de observancia compulsoria por todos los entes federativos, que se inserta en el sistema general, con el que debe mantener conexión, comunicación.

---

<sup>39</sup> La tesis de la ociosidad de la norma reproducida, conforme Gilmar Ferreira MENDES, olvidaba que el mandamiento constitucional del Art. 34, VII, CF, al imponer a los estados la observancia obligatoria de los llamados principios sensibles, sancionaba la omisión con la intervención de la Unión; es decir, se trata de un precepto constitucional que obliga y sanciona como cualquier norma jurídica (ob. cit. p. 222).

<sup>40</sup> MENDES, Gilmar Ferreira, *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 74.

Es la propia noción de autonomía inherente a los estados federales la *ratio* que ha impulsado na creación de un sistema propio de control de constitucionalidad *in abstracto* de las leyes municipales y de actos y leyes estatales frente al texto de su Constitución<sup>41</sup>. Y la extensión de esa autonomía viene demarcada por la reproducción de los principios constitucionales y normas considerados por el constituyente como necesarios al equilibrio federativo. Fuera de ese círculo fundamental, los estados son libres para crear sus normas constitucionales.

Por medio del trasplante de normas centrales de la Carta Federal a la de los estados se garantiza una uniformidad en el patrón de control constitucional y se asegura, de igual suerte, la comunicación entre el sistema y el subsistema en la medida en que, de las decisiones proferidas por los Tribunales de Justicia de los Estados en sede de control abstracto sobre normas estatales y municipales, queda abierta al legitimado la vía del recurso extraordinario para el Supremo Tribunal Federal, en caso de ofensa a las normas de trasplante obligatorio.

De no existir limitación, si los estados pudiesen establecer libremente sus normas constitucionales y organizar su Justicia sin que estuviesen obligados a respetar cualquier principio constitucional, entonces ya no se podría hablar de *subsistema* porque, pudiendo darse el hecho de que una Constitución estatal no contuviera ninguna norma idéntica a la da Carta Federal, en caso de que una norma estatal o municipal fuera contraria sólo la Constitución Estatal, no habría un supuesto de vulneración directa a la Constitución Federal y el interesado no podría recurrir extraordinariamente de esta decisión del tribunal local a la Suprema Corte. En otras palabras: el control abstracto de constitucionalidad en los estados se convertiría en un sistema independiente y no sujeto a control revisional alguno.

Esta es la razón por la que el Ministro Moreira Alves, en el voto que ha proferido en la Rcl. 383 antes mencionada, ha dicho que esta fórmula tiene la función de «dar sistema a la Carta estatal», es decir, permitir que, por medio de los recursos procesales, los sistemas se armonicen a la luz de la Carta Federal.

Tal como ha señalado el Ministro, en Alemania, donde existe el principio según el cual «el derecho federal tiene prioridad sobre el derecho estatal», no se sigue referido principio en lo tocante a las normas cons-

---

<sup>41</sup> Al respecto, sostiene MENDES, «...parece lícito enfatizar que la posibilidad de coexistencia entre jurisdicciones constitucionales federal y estatal presupone, en una estructura federativa, expresa previsión constitucional y una definición del parámetro de control (*Kontrollmaßstab*). Asimismo, cuando las disposiciones de los textos constitucionales federal y estatal tuvieren idéntico contenido, se ha de admitir la autonomía de los pronunciamientos jurisdiccionales de la Corte Federal o del tribunal estatal» (*Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 71).

tucionales. La Corte Constitucional decidió, el 29 de enero de 1974<sup>42</sup> que este principio no se aplicaba a las normas constitucionales, y que, por lo tanto, cuando una norma local cuya constitucionalidad podría ser examinada frente a una Constitución estadual a la Constitución federal por contener ambas normas de contenidos iguales, el control de constitucionalidad (que allá es siempre concentrado) podría ser provocado ante la Corte Constitucional estadual o ante la Corte Constitucional Federal, habiendo, por tanto, doble garantía constitucional, conforme al parámetro invocado en la provocación: control frente a la Constitución Estadual o control frente a la Constitución Federal.

En otras palabras, la Corte Constitucional alemán ha impedido el vaciamiento del contenido de las Constituciones estaduais —que están sometidas, tanto como las constituciones de los estados brasileños, a los principios esenciales fundamentales— y, por ende, ha preservado el sistema de control de constitucionalidad en el ámbito de los *Länder*.

En nuestro sistema el principio de primacía del derecho federal sobre el de los Estados miembros deviene positivizado, como hemos visto, en las reglas de distribución de competencias concurrentes entre la Unión y los Estados miembros mediante la técnica de reparto vertical, en el que se distingue niveles en relación a determinada materia. Se atribuye la misma materia a la Unión y a los Estados pero en niveles diferentes. Así, a la Unión cabe la determinación de directrices y bases o la fijación de normas generales y a los Estados el su desdoblamiento y complementación.

Por tanto, entre nosotros la propia Constitución Federal asegura los espacios normativos de cada potestad en el ámbito de la competencia concurrente

---

<sup>42</sup> In *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*, vol. 34, pp. 342-372, *apud* voto Min. MOREIRA ALVES, MENDES, Gilmar Ferreira, *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, p. 634. En cita hecha a Michel FROMONT, esclarece: «El artículo 31 de la Ley Fundamental consagra el adagio tradicional: el derecho de la federación tiene prioridad sobre el derecho de los Estados-miembros (*Bundesrecht bricht Landesrecht*). Este adagio se aplica sin gran dificultad a las leyes de los Estados. Pero el problema es más delicado en el que concierne al derecho constitucional de los Estados, cuando éste contiene reglas idénticas a las de la Constitución Federal. Aparentemente parece superfluo resolver el conflicto entre dos normas de contenido idéntico. Eso es exacto en el plano del fondo del derecho, pero no sobre el de las competencias jurisdiccionales. En efecto, si la disposición constitucional del Estado continúa en vigor, ella podrá ser invocada en apoyo de un proceso llevado al Tribunal constitucional de ese Estado. Al contrario, si ella deja de estar en vigor, ella ya no puede ser invocada ante ese Tribunal y entonces sólo la regla federal del mismo contenido puede ser invocada, pero ello no podrá serlo sino ante la Corte Constitucional Federal. La primera solución tiene la ventaja de no privar las jurisdicciones constitucionales de los Estados de una parte de sus contenciosos (porque las Constituciones de los Estados contienen numerosas disposiciones idénticas a de las de la Ley Fundamental). La segunda tiene la ventaja de evitar el riesgo de divergencia entre las interpretaciones dadas por dos tribunales diversos a dos reglas diferentes, pero de contenido idéntico...» (Ob. cit. p. 635).

y, por ende, confiere a los tribunales estatales la jurisdicción de control abstracto sobre las normas producidas en su ámbito propio de competencias.

De este modo, la noción de que los principios constitucionales de observancia obligatoria por los Estados son «normas de reproducción» o «de absorción compulsoria», no tiene virtualidad para restringir el control de constitucionalidad en el ámbito estatal. Por ello, planteada la cuestión de la constitucionalidad de la norma estatal o municipal frente a la Constitución del Estado-miembro, la acción directa deberá ser enjuiciada por el Tribunal de Justicia local, no siendo relevante el hecho del parámetro de control constitucional tener contenido idéntico al de la Carta Federal<sup>43</sup>.

#### VI. EL RECURSO EXTRAORDINARIO PARA EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: EL ELEMENTO DE ARTICULACIÓN ENTRE EL SUBSISTEMA Y EL SISTEMA FEDERAL DE CONTROL

Las consideraciones anteriores conducen a la necesidad de articulación entre el subsistema y el sistema federal de control de constitucionalidad en la vía abstracta. Al hablarse de sistema, sobresale inmediatamente la noción de limitación, de fronteras y relaciones internas en sus componentes, propios de un sistema dinámico, en el que los elementos interactúan, según la finalidad que les esté asignada.

El sistema de control de constitucionalidad en abstracto o en tesis —como suele llamarse en Brasil— compete al Supremo Tribunal Federal, a quién la Constitución Federal atribuye la misión de guardia de toda la Constitución, fijando su competencia originaria para procesar y juzgar diversas acciones y el recurso extraordinario.

Al otorgar autorización a los estados para que instituyan su subsistema de control en vía abstracta, mediante observancia a principios constitucionales centrales, la Constitución Federal integra al sistema un subsistema de control. Dada la evidente la necesidad de asegurar funcionalidad y armonía entre ambos, la Carta Política disponibiliza, como mecanismo de conexión, el recurso extraordinario, previsto en el artículo 102, III, letras a, b, c y d<sup>44</sup>, que tiene como finalidad asegurar la

<sup>43</sup> A partir de la mencionada Reclamación 383/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES, el STF, en el RE 161.390-4/AL, juzgado en 31.05.1994, en que fue relator el Min. Sepúlveda PERTENCE, siguiendo aquella orientación, entendió que cabía acción directa de inconstitucionalidad de ley municipal ante el Tribunal de Justicia local, fundada en la violación de preceptos de la Constitución del Estado miembro, aunque se cuide de reproducción compulsoria de normas de la Constitución de la República (Cf. Zeno VELOSO, ob. cit. pp. 357). Este entendimiento fue reafirmado en el RE 199293, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 06.08.2004.

<sup>44</sup> Art. 102, (...) III.—julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição;

entereza positiva; la validez, la autoridad y la uniformización de la Constitución<sup>45</sup>.

Siempre que decisiones de cualquier tribunal del país haya contrariado dispositivo de la Constitución Federal, o en caso de que haya declarado la inconstitucionalidad de tratado o ley federal, juzgado válida ley o acto de gobierno local impugnado frente a la Constitución o juzgado válida ley local impugnada frente a ley federal será posible el recurso extraordinario para el Supremo Tribunal Federal.

Una decisión de un tribunal local en el subsistema de control abstracto de constitucionalidad puede ser recurrida en el STF en dos supuestos: cuando la decisión haya contrariado dispositivos de la CF y cuando este tribunal haya juzgado válida ley local impugnada frente a la Constitución Federal.

El Supremo Tribunal Federal, en su misión de máximo guardia de la Constitución, tiene el cometido de fiscalizar el ejercicio de ese poder de control por parte de los Tribunales de Justicia de los Estados. Mientras el STF es el órgano jurisdiccional soberano en la defensa de la Constitución Federal, los tribunales de Justicia de los Estados-miembros poseen autonomía en la jurisdicción de control abstracto sobre sus normas, y la de los municipios, en defensa de la Constitución Estadual<sup>46</sup>.

Podrá el STF, en el recurso extraordinario, evaluar si ha sido regular y correcto el ejercicio del poder de control de legitimidad de las normas por parte del tribunal recurrido. Lo que estará en juego, al fin y al cabo, es la defensa del orden constitucional total, traducido en el respecto al sistema federativo impuesto por la Constitución Federal a todos los entes federativos, fundamento del poder de que disponen los estados para controlar la legitimidad constitucional de sus normas y de las normas municipales.

Podrá la Corte Suprema, por lo tanto, enjuiciar en la vía recursal esa competencia en dos planos distintos: primero, verificar si el parámetro de

---

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

<sup>45</sup> MIRANDA, Pontes de, *comentários ao código de processo civil, tomo VIII*: arts. 539 a 565, : Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 39.

<sup>46</sup> La EC 45/2004 ha introducido la línea *d* en el inciso del referido artículo 102, con el que la Constitución paso a admitir el recurso extraordinario de decisión de única o última instancia que juzgar válida ley local contestada frente a Ley Federal, materia que antes pertenecía al recurso especial de competencia del Superior Tribunal de Justicia. Ello porque, muchas veces, el juzgamiento de validez de una ley estadual frente a una ley federal puede involucrar una inconstitucionalidad, que tanto podrá radicar en la ley local, cuanto podrá estar en la propia ley federal, por invasión de competencia legislativa (conflicto constitucional) o otra cuestión material. Ello, todavía, no ocurre en el ámbito del control abstracto de constitucionalidad de ley o acto normativo estadual o municipal, cuyo parámetro único es la Constitución del estado.

la Constitución estadual es conforme el mandamiento constitucional que impone observancia de los principios constitucionales obligatorios; segundo, sobre el propio fondo de la cuestión constitucional, si la interpretación llevada a efecto por el Tribunal de Justicia es contraria, o no, a la Constitución Federal.

El primer plano consubstancia aspecto preliminar, porque el problema jurídico puede radicar en la forma del parámetro de la Constitución Estadual o en la interpretación que de ellos haya hecho el Tribunal estadual. No sería imposible, incluso, que una norma estadual fuese incompatible con la Carta Estadual y compatible con la Carta Federal por deficiente formalización del texto o equivocada interpretación del parámetro. Por ello, si la decisión recurrida respeta la Carta Estadual pero la norma constitucional que ha servido de parámetro de control no es conforme a la Constitución Federal, el Supremo Tribunal debe corregir la decisión para adecuar el parámetro de la Constitución del Estado a la Carta Magna. En tal supuesto, si la norma impugnada no vulnera la Constitución Federal, la Corte Suprema debe juzgarla válida<sup>47</sup>.

Puede decirse que el STF tanto enjuicia el que se refiere a la forma de institución del patrón constitucional de control como la forma de interpretación y aplicación<sup>48</sup> de las normas constitucionales propiamente dichas. Ejemplo de abordaje sobre el primer aspecto es lo decidido en el Recurso Extraordinario n° 92.169/SP, en el que fue relator el Ministro Cunha

---

<sup>47</sup> Esta posibilidad fue resaltada por el Ministro Moreira Alves en la referida Reclamación n. 383. Ha dicho el eminente Ministro del Supremo Tribunal Federal: «Tanto en la acción directa de inconstitucionalidad frente a la Constitución Federal ante el Supremo Tribunal Federal como en la acción directa de inconstitucionalidad frente a la Constitución estadual ante el Tribunal de Justicia, puede surgir la cuestión —que es siempre federal— de que la norma constitucional federal o estadual, que llevará a la declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada, sea inconstitucional. En efecto, ¿en acción directa propuesta ante esta Corte frente a la Constitución Federal, no podrá ella declarar incidentemente que la enmienda constitucional que introdujo en la Constitución Federal el precepto que es incompatible con el acto normativo atacado es que es inconstitucional, por defecto formal en el proceso legislativo observado, o por violación de la cláusula pétrea? Es claro que podrá, pues sería inadmisibles que el Supremo Tribunal Federal, para imponer la observancia de la Constitución, no pudiera declarar inconstitucional lo que realmente lo fuera (el principio en ella introducido inconstitucionalmente), y hubiera de tener como inconstitucional la norma infra constitucional que, en verdad, no infringió la Constitución».

<sup>48</sup> Esta comprensión es manifestada por Gilmar Ferreira MENDES: «Ora, si existen principios de reproducción obligatoria por el Estado miembro, no sólo su positivación en el ámbito del ordenamiento jurídico estadual, como también su aplicación por parte de la administración o del Judiciario estadual, puede revelarse inadecuada, desajustada o incompatible con el orden constitucional federal. En esto caso, no hay como dejar de reconocer la posibilidad de que se someta la controversia constitucional estadual al Supremo Tribunal Federal (*Moreira Alves e o control de constitucionalidade no Brasil*, p. 77).

Peixoto, publicado en 18.12.1981, en el que el STF consideró inconstitucional los preceptos de la Constitución del Estado de Sao Paulo<sup>49</sup>, es decir, anuló el propio parámetro de control.

El Supremo guardia de la Constitución, el encargado o «comisionado del poder constituyente», como ha dicho Rubio Llorente, no se vincula a los dispositivos constitucionales apuntados por las partes en su actividad interpretativa<sup>50</sup>, dada la naturaleza objetiva del proceso.<sup>51</sup>

Ejerce no sólo un juicio de casación sobre la decisión recurrida, por eventuales errores de interpretación, sino también, indirectamente, un control sobre el propio texto de la Constitución del Estado, en caso de que principios y reglas constitucionales obligatorias no sean fielmente reproducidas o observados en la Carta estadual.

El Supremo Tribunal no simplemente rescinde o anula la decisión recurrida, sino que la reemplaza, enjuiciando el recurso como si se tratara de una acción originaria de su competencia, cuya decisión tendrá efectos *erga omnes*, puesto que se trata de un proceso de naturaleza objetiva. Es indudable que, si el juicio recae sobre el parámetro de control de la Constitución estadual, no hay control sobre la ley o acto normativo, objeto de la acción originaria, sino sobre la correcta adopción o interpretación de la norma constitucional federal.

---

<sup>49</sup> «Inconstitucionalidad de ley municipal mediante acción directa intentada ante el Tribunal de Justicia – imposibilidad. Inconstitucionalidad de la expresión «inconstitucionalidad e» del art. 54, inciso I, letra e, de la Constitución del Estado de São Paulo. Legitimidad del Ministerio Público para interponer el recurso extraordinario. Recurso extremo regularmente fundamentado. Recurso extraordinario conocido y proveído, juzgándose extinto el proceso. (Rec. Extraordinário nº 92.169/SP. Tribunal Pleno. Relator: Ministro CUNHA PEIXOTO. Recurrente: Ministério Público Estadual. Recorridos: Prefeitura Municipal de São Paulo y Procurador Geral do Estado de São Paulo. DJ: 18.12.1981; RTJ: 103/1085-1117).

<sup>50</sup> El STF actúa con plena libertad interpretativa, pudiendo declarar la inconstitucionalidad del parámetro constitucional federal reproducido en la Constitución del Estado miembro tanto formal (por errores de forma en el texto), cómo material (por el sentido que de él provenga), bien así de la norma impugnada.

<sup>51</sup> En tal sentido concluyo el Ministro Moreira Alves: «Siendo así, en las acciones directas de inconstitucionalidad estaduais en que la ley municipal o estadual sea considerada inconstitucional frente al precepto de la Constitución del Estado que reproduzca el precepto central de la Constitución Federal, nada impide que en esa acción se impugne, como inconstitucional, la interpretación que se dé al precepto de reproducción existente en la Constitución del Estado por ser ella violadora de la norma reproducida, que no puede ser incumplida en la federación por los diversos niveles de gobierno. Y la cuestión vendrá a esta Corte, como, de este modo, ha venido, en los varios recursos extraordinarios interpuestos en acciones directas de inconstitucionalidad de leyes locales frente a la Constitución Federal enjuiciadas en las Cortes locales, a cuestión de la imposibilidad jurídica de esas alegaciones (RREE 91740, 93088 y 92169, que fueron todos conocidos y proveídos. (MENDES, Gilmar Ferreira, *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, Saraiva, São Paulo, 2004, pp. 79-80).

En tal situación, podría decirse que el Supremo Tribunal juzga cosa diversa de la requerida en la acción, «fuera del pedido» —que visaba anular ley o acto inconstitucional frente a la Constitución del estado miembro—. Ello, con todo, sólo pone de manifiesto una de las peculiaridades del control abstracto de constitucionalidad, proceso de naturaleza objetiva, que no guarda correspondencia rigurosa con las categorías del proceso civil, en lo cual se juzga independiente de lo que pida al autor, en defensa de la normatividad constitucional.

Esto es justificable, pues el Supremo Tribunal —como casi todos los tribunales constitucionales— no actúa de oficio y, por tanto, nunca tendría ocasión de conjurar una inconstitucionalidad sustancial, generadora de otras potenciales inconstitucionalidades en el interior de un ordenamiento estadual, si no tuviera poderes para controlar la causa eficiente de la ofensa a la Constitución Federal.

Ahora bien, la EC 045/2004, ha introducido en el ámbito del recurso extraordinario una condición o presupuesto procesal, llamada repercusión general, con el objetivo de racionalizar y restringir la actuación del Supremo Tribunal Federal a aquellos procesos que efectivamente presenten entidad bastante como para justificar la actuación de un Tribunal Constitucional.

El párrafo 3º, añadido por referida enmienda constitucional al Art. 102 de La Constitución Federal de 1988, dispone que: en el recurso extraordinario el recurrente deberá demostrar la repercusión general de las cuestiones constitucionales discutidas en el caso, en los términos de la ley, a fin de que el Tribunal examine la admisión del recurso, solamente pudiendo rechazarlo por la manifestación de dos tercios de sus miembros.

Esta condición especial o presupuesto del recurso extraordinario constituye una especie de autorización para que el STF deje de apreciar recursos extraordinarios que no tengan mayores implicaciones para el conjunto de la sociedad. Es decir, a semejanza del *writ of certiorari* de los norteamericanos, el Tribunal tendría un cierto margen de discreción para recusar el examen de casos de escasa o ninguna trascendencia, con el que se quiere impedir que millares de recursos lleguen a ser apreciados por la última instancia del Poder Judicial.

La inmensa mayoría de los recursos extraordinarios devienen de decisiones judiciales producidas en el ámbito del control difuso de constitucionalidad, retratando cuestiones individuales muy concretas, sin trascendencia desde el punto de vista económico, político, social o jurídico más allá de los intereses de las partes procesales<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> El recurso extraordinario puede presentar intereses subjetivos muy concretos de las partes, sin proyección para amén del círculo de intereses de las personas envueltas en el litigio,

Pero, en el supuesto de recurso extraordinario interpuesto de decisión proferida por Tribunal de Justicia estadual en el control abstracto de constitucionalidad siempre habrá repercusión general, dada la naturaleza objetiva del proceso y el significado de la decisión del STF<sup>53</sup> para el ordenamiento jurídico del estado.

La repercusión general, así, es intrínseca a la naturaleza de la materia decidida, dada las graves implicaciones que las sentencias pueden plantear, incluso respeto a la unidad y armonía en el pacto federativo, justificando el conocimiento do recurso. Así, siempre que se presente un recurso extraordinario en tal supuesto, el Supremo Tribunal Federal a mi juicio deberá admitirlo a trámite al efecto de fiscalizar el correcto uso que hagan los Tribunales de los estados de su competencia jurisdiccional de control concentrado, único medio instrumental de articulación entre el sistema y el subsistema de control permitiendo asegurar la unidad de la Constitución en el Estado Federal<sup>54</sup>.

## VII. LA AMPLITUD DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA ACCIÓN DIRECTA DE NORMAS ESTADUALES DE COMPETENCIA DEL STF

Una cuestión que se plantea es si el Supremo Tribunal Federal, teniendo la responsabilidad de fiscalizar el regular ejercicio de esa competencia de los estados miembros, debería ejercerla sin matizaciones, o si, por el contrario, el tribunal debería mantener algún grado de moderación.

No es necesario recordar que la naturaleza política de la jurisdicción de control de constitucionalidad en abstracto justifica postura metodológica estricta en cuanto a los límites o extensión competencial. Nos parece que una competencia concurrente —entendida la competencia como poderes-deberes— por sí mismo supone delimitación en los campos de inter-

---

pero puede plantear cuestión constitucional cuya solución puede repercutir en otros tipos de relaciones jurídicas que conviene sean desde luego resueltas o prevenidas mediante mecanismo de uniformización.

<sup>53</sup> El párrafo 3º del artículo 543-A del CPC prevé: «Habrà repercusión general siempre que el recurso impugnar decisión contraria a sumula o jurisprudencia dominante del Tribunal». Ello porque, evidentemente, el cambio de la jurisprudencia afecta a todos en general. Por identidad de razones, si el recurso impugna la propia ley o acto normativo estadual, por inconstitucional, la repercusión general estará presente siempre por los propios efectos generales de las normas impugnadas.

<sup>54</sup> Por el mecanismo de la repercusión general el STF puede desarrollar mejor su función institucional de «dar normas» a los demás jueces y tribunales, incluso con sumulas vinculantes. En el recurso extraordinario de las sentencias de los tribunales de justicia estadual en el ámbito del control abstracto de constitucionalidad esa función institucional presenta mayor relevancia, pues, dada la naturaleza del Estado Federal, muchas cuestiones constitucionales tienden a se repetir en otros estados, exigiendo uniformidad de interpretación.

vención, de manera a evitar superposición, disfunciones e inseguridad jurídica.

El sector que detiene competencias totales, por incidir sobre el todo del sistema jurídico-político, frente al sector dotado de competencias parciales y específicas pero concurrentes, no las puede ejercer sin contraste por la sencilla razón de que, en el límite, su actuación eliminaría *ipso facto* la competencia parcial, representando la negación de la concurrencia. El contraste entre ambos sectores es lo que confiere significado a la competencia concurrente y se concreta por el criterio de primacía de un orden sobre el otro en situaciones determinadas.

En el derecho alemán ese contraste aparece de manera nítida. Se reconoce que en consecuencia de la opción por el principio federal, los espacios constitucionales de la Federación y de los *Lander* se contraponen de forma fundamentalmente autónomos<sup>55</sup>. La Constitución Federal y las Constituciones de los *Lander* existen independientemente las unas de las otras; se aplican, como ha dicho el Tribunal Constitucional Federal, «en espacios fundamentalmente separados»<sup>56</sup>.

El Supremo Tribunal Federal, como guardia e intérprete último de la Constitución Federal, realiza función estructurante<sup>57</sup>, es decir, provee la adecuación y armonización del ordenamiento jurídico, conforme su lógica interna y sus propios comandos relacionados a la estructura normativa adoptada.

Dada su condición de «garante» del régimen federativo y, por supuesto, de fiscal de la jurisdicción de control de constitucionalidad por parte de los tribunales de justicia de los Estados, el STF debería restringir su intervención en el nivel suficiente para garantizar el funcionamiento del sistema general y estadual de control de constitucionalidad,<sup>58</sup> sin, por otro lado, abdicar de su competencia originaria.

<sup>55</sup> «Los *Lander* en cuanto miembros del Estado Federal tienen un poder soberano propio —si bien materialmente limitado—, no un poder derivado de la Federación, sino un poder de soberanía estatal por ella reconocido. A su ámbito pertenece la configuración del orden constitucional en el *Land* en tanto se mantenga dentro del marco del art. 28.1 de la LFB. En especial la determinación de las reglas de acuerdo con las cuales se regulan la constitución de los órganos constitucionales del *Land*, sus funciones y sus competencias, es competencia exclusiva del *Land*». (STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, CEC, Madrid, 1987, p. 119).

<sup>56</sup> «El Derecho del Estado de los *Lander* está formulado principalmente en las Constituciones de los *Lander*. Puede contener «normas fundamentales del *Land*» no conocidas por el Derecho Constitucional de la Federación, o incluso algunas que difieren del Derecho Federal. «únicamente se exige un mínimo de homogeneidad entre la Constitución Federal y las Constituciones de los *Lander*» (STERN, Klaus, ob. cit., pp. 118-119).

<sup>57</sup> TAVARES, André Ramos, *Teoria da Justiça Constitucional*, Saraiva, 2005, p. 253.

<sup>58</sup> Conforme señala POSNER, «desde el momento en que se crearon los Tribunales Federales de Apelación, lo cuál sucedió en 1891, el papel de la Corte Suprema comienza a transformarse. El ejercicio de la jurisdicción de apelación de ese máximo Tribunal será básicamente asegurar que

Ello resulta de la exigencia de obtener un funcionamiento práctico entre el sistema y subsistema de control, en el caso de que hayan sido instauradas acciones directas en el tribunal de justicia local y en el Supremo Tribunal Federal, en contra de ley o acto normativo estadual, frente a parámetros constitucionales de contenido idéntico. Se pregunta: ¿si la Corte federal afirma la constitucionalidad del acto impugnado frente al parámetro federal, podrá el tribunal estadual, posteriormente, considerarlo inconstitucional frente a parámetro estadual de contenido idéntico?

La respuesta más sencilla es negativa. Sin embargo, ni siempre las soluciones más simples son las correctas. Si es cierto que la causa de pedir es determinante para el fin de fijar la competencia del órgano juzgador, sin embargo no es vinculante para el tribunal, que podrá enjuiciar y declarar la inconstitucionalidad de la norma basado en otras disposiciones constitucionales, incluso por medio de una interpretación sistemática de todo el documento constitucional.

Es posible que la norma sea considerada constitucional por el STF en base a un parámetro constitucional singular y, sin embargo, la misma norma, en una perspectiva más amplia y sistemática, incluso cuando haya un cambio sustancial de relaciones fácticas y hasta la superveniencia de derecho constitucional del estado, sea considerada inconstitucional por el Tribunal local.

Ello ocurre no solo por el hecho de tratarse de dos órganos colegiados, interpretes de la Constitución, sino también —y principalmente— porque ambos enjuician la norma en contextos constitucionales muy diversos, a veces con abstracción exagerada en relación a la realidad concreta.

El STF ha entendido que si en la acción fuere invocado parámetro de control de reproducción obligatoria para los estados, debe suspender el proceso en el ámbito de la Justicia estadual hasta la decisión definitiva de la Suprema Corte, a efecto de impedir contradicción. Esta solución, que propone el juzgamiento de la cuestión por el STF en primer termo, a mi juicio, debe ser revista.

Es que la eficacia *erga omnes*, también aplicable a las decisiones declaratorias de constitucionalidad en Brasil (Art. 102, par. 2º, CF y Art. 28 de la ley 9.868/99), se refiere a la parte dispositiva de la sentencia o *acór-*

---

la función de proveer reglas de los tribunales intermedios se realice en forma correcta, consistente y con determinados parámetros de uniformidad. Ello, según este autor, justifica que la Corte puede ejercer su jurisdicción de forma discrecional, ya que, por un lado, no se requiere que dicho máximo tribunal controle la juridicidad de las decisiones de los jueces de primera instancia; esta cuestión pasó a ser una tarea de los tribunales intermedios y, por el otro, la necesidad de una tercera instancia de revisión sólo se justifica por razones distintas y de alguna forma «independientes» de la justicia del caso concreto. El constatar que existen tales «razones» queda en discreción del máximo Tribunal» (*apud* MAGALONI, A., ob. cit. p. 46).

*dão*<sup>59</sup>. Si la norma estadual fue declarada válida en conformidad con el parámetro constitucional federal, el tema decidido es únicamente éste, que debe figurar en la parte dispositiva del *acórdão* por el STF y, por tanto, obligar a todos.

De ahí que ningún juez o tribunal podrá declarar la inconstitucionalidad de aquella norma frente al parámetro específico de la Constitución Federal. Pero la validez y la vigencia de la norma siguen siendo las mismas de antes de la decisión, pudiendo el legislador, por ello, revocarla libremente y el propio Supremo Tribunal no estará impedido de enjuiciar su constitucionalidad en acción directa futura, al menos en razón de cambio de las circunstancias fácticas o de relevante alteración de concepciones jurídicas dominantes<sup>60</sup>. Por ello mismo es que los tribunales, tradicionalmente, no se vinculan, en casos tales, a los fundamentos de sus decisiones anteriores<sup>61</sup>.

De ello se sigue que lo decidido por el STF se restringe a una confirmación de la legitimidad de la norma a la luz de la Carta de la República, sin que quede perjudicado el control jurisdiccional por parte del tribunal local a la luz de otras normas de su Constitución estadual.

Así, como en la jurisdicción de control abstracto estadual el parámetro de control constitucional es propio —aunque el contenido pueda ser idéntico al de la Carta Federal— en principio no se podría impedir el referido control en el interior del subsistema, ya que, como hemos visto, la ofensa a la Constitución puede resultar no simplemente de un contraste entre la norma y un dispositivo constitucional aislado, sino también por interpretación sistemática y contextual, incluso mediante sofisticadas y modernas técnicas interpretativas desarrolladas en la doctrina al propósito de asegurar mayor efectividad a las funciones políticas del Tribunal Constitucional.

#### VIII. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y EL AGOTAMIENTO DE LA INSTANCIA

No habiendo reglas de preferencia de una sobre otra jurisdicción, conforme hemos visto, parece que el STF puede crearla al efecto de posicionarse esencialmente como tribunal de revisión de las decisiones de los tribunales estatales, evitando proceder a un control de constitucionalidad vertical ante toda alegación de inconstitucionalidad de norma estadual frente a la Constitución Federal, antes que el juez natural —el Tribunal de

<sup>59</sup> Cf. MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 518.

<sup>60</sup> Esta es la posición dominante en el derecho alemán, según Gilmar Ferreira MENDES, en cita a Hans BROX y BRYDE in *controle concentrado de constitucionalidade*, pp. 522-523.

<sup>61</sup> La fórmula adoptada por la EC n° 03, de 1993, al art. 103, par- 4°, basada en el derecho alemán, excluye el efecto vinculante al propio STF, cf. MENDES, Gilmar Ferreira, ob. cit. pp. 533-534.

Justicia local— haya tomado conocimiento y podido enjuiciar la cuestión en el primer nivel de control frente a la Constitución del Estado-miembro.

El principio de subsidiariedad que debería seguirse en este tema, tanto viabiliza la competencia de control por la Corte Suprema como garantiza la competencia de los tribunales de justicia. El criterio del agotamiento de la instancia, podría ser útil al propósito, o sea, mientras no fuera juzgada la acción en el ámbito estadual, no sería posible tramitar acción directa con el mismo objeto ante el STF.

La tesis no requiere más que recordar que la Corte Suprema conserva en sus manos el poder de revisión de la decisión de nivel estadual por medio del recurso extraordinario y por medio de la reclamación para la garantía de la autoridad de sus decisiones o la preservación de su competencia. Además, siempre que hubiere violación de un precepto constitucional fundamental por parte del poder público podrá el interesado argüir el incumplimiento de este precepto, tal como autoriza el Art. 102, §1º, de la Constitución Federal con la regulación que hace la ley 9.882, de 03.12.1999.

Un control directo de toda y cualquier norma estadual frente a la Carta Federal, sin atenerse al hecho de haber sido o no instaurada acción directa con objeto idéntico en el subsistema, produciría una superposición de la jurisdicción federal sobre la de lo subsistema estadual de control de constitucionalidad sin justificativa válida, minusvalorando la opción por la jurisdicción prevista en el artículo 125, § 2º de la Constitución Federal.

La separación por niveles en el ejercicio de la competencia jurisdiccional concurrente es la única solución plausible cuando se afronta situación en la que, aunque el objeto de control sea el mismo, distintos o variados pueden ser los parámetros de control, otros son los legitimados, y igualmente distintas pueden ser las causas de pedir de las acciones<sup>62</sup>.

El principio de agotamiento de la instancia —largamente aplicable en los juicios de amparo y el derecho internacional público— tendría importante papel de regular el ejercicio de la concurrencia de jurisdicción de control. Al exigirse que la cuestión de constitucionalidad sea llevada al tribunal local, no sólo se asegura mayor efectividad a la autonomía constitucional de los Estados miembros en sector vital del derecho, sino que, sobretodo, confiere mayor seguridad jurídica al sistema de control concentrado de normas.

---

<sup>62</sup> El STF, en la Reclamación-AgR. 596, de 14.11.96, decidió ser del Tribunal de Justicia del Estado miembro la competencia para enjuiciar acción directa de norma estadual contestada frente a la Constitución del Estado en la hipótesis de ser el parámetro de control norma constitucional de reproducción obligatoria. «Control abstracto de constitucionalidad: curso simultáneo de ADI federal —perteneciente a algunos dispositivos de ley local— y de ADI estatal —que deduce la inconstitucionalidad formal de toda la ley: amplitud mayor del proceso estadual.» (ADI 2.146-MC, Rel. Min. Sepúlveda PERTENCE, DJ 13/04/00)

A un tiempo se coarta la posibilidad de contradicciones internas entre los sistemas, contribuyendo a minimizar considerablemente el exceso de demandas ante el STF, y se prioriza la vía de control recursal por medio del recurso extraordinario. Con ello, la Corte Suprema, trabajando sobre el producto de decisiones jurídico-políticas adoptadas bajo la óptica de los jueces más próximos al contexto fáctico-jurídico, se apropian de condiciones hacia juicios más compatibles con la función institucional propia del control de constitucionalidad concentrado.

Pero no se debe olvidar que los legitimados en el plano federal —que no coinciden necesariamente con los legitimados en el plano estadual— poseen derecho propio de acción ante el STF contra el derecho estatal frente a la Carta federal y no sería posible impedir el ejercicio de ese derecho/poder constitucional, incluso porque, de hecho, nadie garantiza que los legitimados promoverán la acción en el tribunal local o recurrirían a la Corte Suprema.

Sin embargo, lo que se propone no es la prohibición de la acción originaria ante el STF, sino sólo la suspensión de la acción hasta que sobrevenga decisión en el tribunal local. La regla de preferencia a favor de la jurisdicción de control estadual cambiaría la sistemática actual; al contrario de suspender la acción del subsistema, se suspendería la del sistema<sup>63</sup>.

Pero ello puede traer cierta inestabilidad al sistema jurídico, ya que el retraso del juicio en los Tribunales de Justicia nos es pequeño, lo que exigiría introducir algún mecanismo de celeridad en el trámite de la acción. En tal supuesto basta al STF fijar plazo razonable para decisión, sea de oficio, sea atendiendo a pedido de las partes, so pena de avocación y asunción de la competencia en grado sustitutivo.

Un supuesto que puede añadir dificultad, pero que tampoco es irremediable, sería el de que no haya sido todavía propuesta la acción en el ámbito estadual. Tal situación no plantearía problema, dada la circunstancia de que en nuestro derecho el Ministerio Público posee la misión constitucional de defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales indisponibles, figurando como uno de los legitimados cualificados para el ejercicio impersonal de la acción en todos los ámbitos de jurisdicción y, por tanto, podría ser provocado por la propia Suprema Corte a efecto de promover, ante el Tribunal de Justicia competente, la acción de control, en plazo que le fuera determinado.

Para contrarrestar centralización derivada del aumento de los medios procesales de control concentrado en el STF, incluso dada la eficacia *erga om-*

---

<sup>63</sup> Con ello se evita también la cisión del objeto de la acción en el STF, en el supuesto de la acción estadual contener objeto más amplio o parámetros distintos, como fue admitido por el STF en la Recl. 425, DJ 22.10.1993.

nes y efecto vinculante, quizá sea necesario, a partir de ahora, que la Suprema Corte adopte posturas minimalistas, de manera que sean los tribunales locales quien, a través de su experiencia jurídica, entren a conocer originariamente de las controversias que resurgen en el ejercicio de las competencias legislativas estatales antes de que aquel máximo Tribunal entre a conocer de materias y problemas todavía no suficientemente debatidos en el ordenamiento estadual por otros cualificados intérpretes de la Constitución.

El principio federativo, cláusula pétreo en la Constitución Federal (Art. 60, par. 4º, I) y los objetivos de la República Federativa del Brasil, contenidos en el Art. 3º, de la Carta Magna son los ejes que deben servir de directrices, entre otros principios constitucionales, a la realización de la idea de promover, por la vía del derecho constitucional, la reducción de las inmensas desigualdades sociales y regionales, tarea política que en un ancho margen se perfecciona por medio de la actividad legislativa y de control de normas<sup>64</sup>.

Si la descentralización de competencias legislativas hace imprescindibles reglas claras de coordinación y articulación entre los entes federados, tales exigencias cobran todavía más sentido respecto a la descentralización de la jurisdicción de control abstracto de constitucionalidad de normas.

Ante las potenciales contradicciones entre las resoluciones de los tribunales de los Estados-miembros y del Supremo Tribunal Federal, dada la identidad de objeto de control posible en uno y otro, el criterio, para coordinación entre ambos, podría ser lo de la primacía de la jurisdicción de los Estados-miembros y, en caso de que la decisión vulnere la Constitución Federal, el recurso extraordinario cumpliría función plena, pues, a su través, el Supremo Tribunal Federal podría controlar el uso regular de la competencia constitucional de los tribunales estatales para enjuiciar la conformidad de su derecho infra constitucional y de los municipios con su Constitución.

Si a los estados-miembros la Constitución Federal asegura el poder de legislar en su espacio propio y le da el poder de controlar la constitucionalidad de su derecho interno, fuerza es reconocer que sus normas solo pueden ser consideradas inconstitucionales tras el pronunciamiento de su

---

<sup>64</sup> Es precisamente el problema de la necesidad de cumplir los objetivos fundamentales de la República brasileña, dada la histórica concentración de renta, desigualdades sociales y regionales que se agudizan en el capitalismo globalizado, que justifica, en ocasiones, una postura maximalista por parte del STF, cumpliendo la función que el legislador no ha realizado, algo que sólo muy tímidamente se puede identificar en la praxis de aquel Tribunal. Pero, en la medida que se asegura el poder creativo de los tribunales inferiores en el ámbito de control abstracto, con respecto a la autonomía federativa de los Estados miembros, podrá el Supremo Tribunal Federal restringirse cada vez más a una postura minimalista, pudiendo actuar con entera libertad para ajustar el contenido de su doctrina a los cambios sociales, políticos y económicos, fortaleciendo su posición en cuanto Tribunal Constitucional.

órgano jurisdiccional competente, tarea que no puede ser trasladada al STF antes que el Tribunal de Justicia tenga la posibilidad de enjuiciar la cuestión desde los parámetros de su propia constitución.

No es necesario recordar los múltiples y complejos problemas que suele plantear la jurisdicción de control abstracto de leyes en los ordenamientos jurídicos actuales, especialmente en países como Brasil, donde tenemos veinte y seis estados, un Distrito Federal y más de cinco mil y quinientos municipios, todos dotados de competencia legislativa y normativa, generando una absurda cantidad de normas, lo que frecuentemente impone la aplicación de las técnicas de interpretación conforme y sus especificaciones, con la finalidad de preservación de situaciones jurídicas consolidadas la seguridad jurídica.

En esta faena muchas veces solo el conocimiento empírico de los que están próximos de los hechos —los jueces locales— puede permitir una visión más real de la cuestión, desde el cuidadoso examen de todo el texto de la Constitución del Estado miembro.

En el análisis de la validez de una norma un tribunal estadual puede tener perspectiva muy distinta de la de otros tribunales acerca de la misma norma, dada la diversidad cultural, económica y socio-política que influyen decisivamente en cualquier interpretación constitucional. Y, por tanto, el sentido y la fundamentación de la sentencia de un tribunal estadual, que vive experiencias concretas en aplicación del derecho vivo, puede representar visión mucho más ajustada a su realidad institucional, proyectando luz hacia una comprensión más amplia de problemas constitucionales.

A mi ver, todo depende de la manera de comprender la federación, es decir, si la concebimos como un conjunto de entes dotados de autonomía total, respeto a funciones ejecutivas, legislativas y judiciales, o como un conjunto de entes dotados solo de una parcela de estatalidad, en los sectores del ejecutivo y legislativo.

En el fondo de la cuestión subyace hasta ahora la visión ideológica que ha conformado nuestro modelo de federación centralista, en lo cual a los estados si ofrece con una mano el control constitucional de su derecho, pero con la otra se le quita, o por lo menos si lo impide temporalmente, este poder real mientras el STF no lo diga cuándo debe hacerlo.

Por este camino, en el que sigue teniendo protagonismo el principio jerárquico en detrimento del principio de competencia, la descentralización del Estado, idea clave de la federación, sufre un duro golpe, y la propia jurisdicción constitucional se empobrece, precisamente porque si las Constituciones de los estados están vinculadas a la Carta Federal, respecto a los principios y valores, también es cierto que los estados tienen derecho a desarrollar y controlar su propio derecho constitucional, expresión de su poder político y social.

## IX. CONCLUSIÓN

1) no es razonable, del punto de vista constitucional, la suspensión del trámite de la acción directa en contra de norma estadual o municipal en los tribunales estaduais, si los parámetros de control son normas de reproducción obligatoria en las Constituciones estaduais;

2) más ajustada a la autonomía de la jurisdicción del subsistema de control abstracto, en prestigio al principio federativo, es la suspensión del proceso en el STF, en caso de tramitar acción directa en el tribunal estadual en contra de la misma norma;

3) en este caso, si aún no tramita acción directa en el tribunal del estado, debe el STF, después del examine de eventual pedido de medida cautelar, suspender su proceso y encaminar expediente al Jefe del Ministerio Público estadual fijándole plazo para la proposición y al tribunal para el enjuiciamiento de la acción;

4) si la norma es declarada inconstitucional por el tribunal local, la acción en el STF quedará perjudicada, por desaparecimiento de su objeto. Si la norma es declarada constitucional, el STF, tras la comunicación del tribunal local, deberá poner en marcha su proceso y enjuiciar la pretensión naturalmente a la luz de parámetros de la Constitución Federal.

6) en el caso de recurso extraordinario de la sentencia del tribunal local, promovido por el interesado so alegación de ofensa a la CF, si la sentencia está fundada en parámetro de reproducción obligatoria, el STF deberá decidir, con eficacia *erga omnes* y efecto *ex tunc*, manteniéndola o revocándola. Y, siendo el caso, podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma, del estado o municipio, o del propio parámetro utilizado, por ofensa al texto de la Carta Magna, sea por mala reproducción, sea por mala interpretación.

7) si el tribunal local entiende que el parámetro de control estadual es inconstitucional frente a la Constitución Federal, deberá decidir la cuestión incidentalmente, en el ejercicio del control difuso de constitucionalidad. En tal supuesto, de la decisión cabrá recurso extraordinario para el STF que, decidiendo por la constitucionalidad, deberá enjuiciar desde luego la norma impugnada a la luz de la Constitución Federal<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> Sigo aquí el planteamiento del Ministro Gilmar MENDES, en *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 6ª ed., São Paulo, 2011, p. 1434, con la salvedad cuanto al entendimiento del consagrado autor de que, tras el juzgamiento por el STF, cabría al tribunal local proseguir en enjuiciamiento de la cuestión de fondo, cuanto a la constitucionalidad de la norma impugnada. Pienso que, siendo el parámetro federal legítimo, el STF tendría competencia originaria para la acción y, por lo tanto, él debería juzgar la acción desde luego.

