

UNA VISIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BRASIL

Por MARCELO FIGUEREIDO*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL ESTADO FEDERAL BRASILEÑO.—2. PRINCIPIO FEDERATIVO Y TRIBUTACIÓN, LA COMPETENCIA TRIBUTARIA: A) Competencia tributaria de la Unión. B) Competencia tributaria de los Estados. C) Competencia tributaria de los Municipios.—3. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS.—4. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BRASIL: LOS FUNDAMENTOS: A) Los sistemas de control de la constitucionalidad. Aspectos generales. B) El sistema brasileño de control de constitucionalidad: breve análisis histórico de 1824 a 1969. C) El sistema brasileño actual (1988) de control de la constitucionalidad de las leyes. El método difuso de control de la constitucionalidad. D) Los efectos de la decisión en el control difuso de la constitucionalidad (vía de excepción).—5. LA FISCALIZACIÓN ABSTRACTA DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO BRASILEÑO.—6. LA ALEGACIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE PRECEPTO FUNDAMENTAL.—7. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA TRIBUTARIA: UNA VISIÓN GENERAL.

ABSTRACT

This article shows how constitutionality is controlled in Brazil. It explains the Brazilian system works, with its combination of concentrated and diffuse methods. It considers the effects of this structure. It comments on the methods of tax raising, consti-

* Abogado y consultor jurídico en São Paulo. Es profesor por concurso de los cursos de graduación y post graduación en derecho constitucional y jurisdicción constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC-SP), donde realizó su curso de graduación y post-gradó, obteniendo allí los títulos de licenciado, doctor y libre docente en Derecho del Estado. Actualmente es Profesor Asociado en la misma Universidad. Es también profesor licenciado de derecho administrativo del Complejo Jurídico «Damásio E. de Jesus» en São Paulo. Actualmente es también Decano de la Facultad de Derecho de la PUC-SP electo para el cuatrienio 2005/2009.

tutional actions, but above all looks at how these methods of control impact tax, ie, the guarantees that enable Brazilian taxpayers to question the constitutionality of tax regulations.

Key words: Constitutional jurisdiction, systems for controlling constitutionality, diffuse control, concentrated control, constitutionality of tax regulations.

RESUMEN

El presente ensayo busca enseñar en qué forma queda estructurada la figura del control de constitucionalidad en Brasil. En este sentido, se hace una explicación de cómo se sitúa el sistema brasileño en una combinación concentrada y difusa en el método de control, y cuales son sus efectos. Igualmente se hacen apuntes sobre los métodos de fiscalización, acciones de constitucionalidad, pero sobre todo se trata la manera en que esos métodos de control inciden en el ámbito tributario, es decir, las garantías que asisten al contribuyente en Brasil para cuestionar la constitucionalidad de normas fiscales.

Palabras clave: Jurisdicción constitucional, sistemas de control de constitucionalidad, control difuso, control concentrado, constitucionalidad de normas tributarias.

1. INTRODUCCIÓN. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DEL ESTADO FEDERAL BRASILEÑO

Nuestro objetivo, con el presente artículo, será demostrar cuánto es posible de forma sintética, en Brasil, el control de constitucionalidad y además, traer algunos ejemplos relativos a la temática y a la norma tributaria, como nos fue solicitado¹. Es decir, qué tipo de garantías dispone el contribuyente brasileño o la parte disconforme, para cuestionar la constitucionalidad o legalidad de imposiciones tributarias y cuáles son sus principales dificultades. Para ello, tendremos que realizar algunas consideraciones preliminares al público lector extranjero.

Para cumplir con el objetivo anunciado, forzosamente tendremos que conocer cómo se establece el control de constitucionalidad en Brasil y cómo el tema está incluido en nuestra Constitución. Conocido el establecimiento del control, naturalmente los ejemplos de la realidad tributaria pueden ser listados a lo largo de la exposición.

De esta forma, nuestro foco central será el control, con algunos ejemplos, de aquí y de allá, de la cuestión tributaria como nos fue solicitado.

Preliminarmente, parece interesante enunciar como se estructura el Estado brasileño, para que el lector extranjero se familiarice con nuestra realidad.

¹ Guión de exposición preparado para la conferencia proferida en la Universidad de Castilla-La Mancha, en Toledo, España, en diciembre de 2005.

Brasil asumió la forma de estado federal, en 1889 con la proclamación de la República, lo que fue mantenido en las constituciones posteriores, inclusive con la última constitución brasileña de 1988², que está en vigor, no obstante la existencia de (en la vigencia de la constitución de 1988) la existencia de innumerables reformas que ya alcanzaron el número de 48 (esta última editada el 10/08/2005) y más aún, reformas constitucionales de revisión, estas últimas alcanzando el número de 6, de 07/06/1994.

Por lo tanto, para decirlo mínimo, fue intensa la producción y alteración en el texto original de la constitución de 1988, tema que no abordaremos, mas que responde en grandes líneas, a las alteraciones por la que pasó y pasa el figura del Estado y su papel en este principio de siglo XXI.

El Estado federal brasileño, está constitucionalmente estructurado como la unión indisoluble de los Estados, Municipios y Distrito Federal (artículo 1º de la Constitución Federal). Como en todo Estado federal, tenemos como mínimo dos entidades. En el caso brasileño, la União (Unión), soberana, y las colectividades regionales autónomas, los Estados federados, Estados-miembros o simplemente Estados, como son usualmente llamados.

Digno de mención y registro es la posición del Municipio en ese cuadro constitucional, Los Municipios integran la estructura político administrativa de la Federación brasileña (artículos 1º y 18º de la CF).

Por lo tanto se puede concluir con Meirelles Teixeira³, para quien «se adoptó en Brasil una descentralización política y administrativa total, con una nota, todavía, que no encontramos en los demás regímenes federativos: la descentralización dada a los municipios como garantía es constitucional, o mejor, un régimen federativo que incluye, además del poder central y de los poderes regionales también poderes municipales instituidos y garantizados por la Constitución».

Ya vimos por lo tanto, que Brasil es una Federación. También es una República, en lo que corresponde a la necesidad de legitimación popular del Presidente de la República, Gobernadores de Estado y Alcaldes Municipales. Además, la existencia de asambleas y concejos municipales en las tres órbitas de gobierno de la República, elecciones periódicas por tiempo limitado, transitoriedad de los cargos políticos, prestación de cuentas de la administración pública, entre otras garantías.

² La Constitución federal brasileña y sus enmiendas están disponibles en medio electrónico. Basta al lector extranjero acceder al sitio www.planalto.gov.br, y pasar al ícono «legislação» que le posibilitará el acceso a la constitución federal y a las constituciones de los estados-miembros, estados-confederados.

³ JOSÉ HORACIO MEIRELLES TEIXEIRA, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Forense Universitária, San Pablo, 1991, p. 652.

La Constitución Federal brasileña enuncia ser un Estado Democrático de Derecho. Sin entrar en detalles de su composición, basta señalar la presencia de los siguientes principios en su concepto⁴:

- a) principio de constitucionalidad, que manifiesta, en primer lugar, que el Estado Democrático de Derecho se funda en la legitimidad de una Constitución rígida, emanada de la voluntad popular, que dotada de supremacía, vincula todos los poderes y los actos provenientes de ellos, con las garantías de actuación libre de reglas de la jurisdicción constitucional;
- b) principio democrático, que, en los términos de la Constitución, habrá de constituir una democracia representativa y participativa, pluralista y que sea la garantía general de la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales;
- c) sistema de derechos fundamentales, que comprende los individuos, colectivos, sociales y culturales;
- d) principio de justicia social, referido en el art. 170, enunciado, y en el art. 193, como principio del orden económico y del orden social, abriéndose, tímidamente, para la realización de la democracia social y cultural, sin avanzar significativamente rumbo a la democracia económica;
- e) principio de la igualdad;
- f) principio de la división de poderes y de la independencia del juez;
- g) principio de la legalidad;
- h) principio de la garantía jurídica.

Resáltese aún que, en términos de reparto de competencias está adoptado en un sistema donde se enumera los poderes de la Unión (arts. 21 y 22), ya los Estados-miembros tienen poderes remanentes (art. 25, párrafo 1º) y poderes definidos para los Municipios (art. 30). Se prevén aún, posibilidades de delegación (art. 22, párrafo único), áreas comunes en que se prevén actuaciones paralelas de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y Municipios (art. 23) y sectores concurrentes entre Unión y Estados en que la competencia para establecer políticas generales, directrices generales o normas generales corresponde a la Unión (artículo 21, y sus incisos, 22 y 24), mientras a los Estados miembros y Municipios les es otorgada alguna competencia suplementaria (artículos 24 y 30).

⁴ Según JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24ª edición, Malheiros Editores, San Pablo, 2005, p. 122.

2. PRINCIPIO FEDERATIVO Y TRIBUTACIÓN, LA COMPETENCIA TRIBUTARIA

Como ya observamos, Brasil es una República Federativa, formada por la Unión indisoluble de los Estados y Municipios y el Distrito Federal. Y de esta forma, siendo un Estado Federal, la Unión y los Estados-miembros ocupan, jurídicamente, el mismo plano jerárquico, deben por lo tanto recibir un tratamiento jurídico-formal igualitario.

En razón de la autonomía que gozan (gobierno central y gobiernos regionales o locales) la Constitución Federal garantiza para cada una de estas entidades políticas, campos autónomos y exclusivos, estrictamente trazados en la Constitución de la República Federativa de Brasil.

Con razón Roque Antonio Carrazza⁵, para quien: «en nombre de esta autonomía, tanto la Unión como los Estados-miembros pueden, en los asuntos de sus competencias, establecer prioridades. Mejor dicho, cada persona política, en Brasil, tiene el derecho de decidir cuales son los problemas que deberán ser resueltos preferentemente y que destino das a sus recursos financieros. Les es permitido también ejercitar sus competencias tributarias, con amplia libertad. Así, dependiendo de la decisión política que vengan a tomar, pueden o no, crear los tributos que le sean de interés. Si entendiesen crearlos, podrán hacerlo de modo más o menos intenso, bastando apenas que respeten los derechos constitucionales de los contribuyentes y la regla que veda la confiscación (art. 150, IV, de la CF)».

La Constitución brasileña no creó propiamente los tributos. Apenas, discriminó competencias para que la Unión, los Estados y los Municipios y el Distrito Federal, por medio de ley, instituyan los tributos de su competencia.

Nuevamente es Roque Carrazza⁶ quien afirma: «La Constitución, al discriminar las competencias tributarias, estableció, aunque a veces, de forma implícita y con un cierto margen de libertad para el legislador, la norma-estándar de incidencia (el arquetipo genérico de la regla-matriz) de cada exacción. En otros términos, ella señaló la hipótesis de incidencia posible, el sujeto activo posible, el sujeto pasivo posible, la base de cálculo posible y la alícuota posible, de las variadas especies y subespecies de tributos. En síntesis, el legislador, al ejercitar la competencia tributaria deberá ser fiel a la norma-estándar de incidencia del tributo, pretrazada en la Constitución. El legislador (federal, estadual, municipal o distrital), mientras crea el tributo, no puede huir de este arquetipo constitucional».

⁵ *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 16ª edición, Malheiros Editores, São Paulo, pp. 121 y siguientes.

⁶ *Ob. cit.*, pp. 426 y 427.

No es el caso de entrar en detalles de las características de la competencia tributaria en Brasil. Es suficiente para los objetivos anunciados de este trabajo, indicar al lector, cuáles son las especies tributarias en Brasil y como están armonizadas en el Estado federal brasileño.

Brasil está dotado de una Constitución rígida y analítica. El sistema constitucional tributario brasileño se basa en la técnica de discriminación de las rentas entre las entidades autónomas de la Federación.

La Constitución adoptó una discriminación exhaustiva, integral y completa de competencias tributarias entre la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios.

A cada una de esas entidades, otorgó competencia expresa para instituir impuestos, tasas y contribución de mejoras. Estableció la *exclusividad* tributaria y tornó exclusivo de cada esfera el tributo que le fue destinado.

Es innecesario decir que esa atribución constitucional no puede ser modificada por ley ordinaria o ley complementaria. La excepción. Se admite la competencia residual de la Unión para que habiendo necesidad, pueda instituir, en los términos del artículo 154, (a) otros impuestos mediante ley complementaria, siempre que no tengan hecho generador ni base de cálculo idénticos a los discriminados en los artículos 153, 155 y 156 de la CF y desde que no sean acumulativos y aún, (b) impuestos extraordinarios en la eminencia o en caso de guerra.

A) Competencia tributaria de la Unión

Veamos entonces, de forma didáctica y modo panorámico, cómo se presenta la competencia tributaria de la Unión⁷:

- a) Tributos de competencia exclusiva de la Unión. Es de competencia exclusiva de la Unión, instituir impuestos a continuación indicados con sus características básicas, además del impuesto extraordinario por motivo de guerra, del préstamo obligatorio y las contribuciones sociales, de intervención en el dominio económico y en el interés de las categorías profesionales o económicas, como instrumento de su actuación en las respectivas áreas⁸:

⁷ Utilizamos la presentación y la lección ofrecida por el Profesor José Afonso da Silva, en la obra citada, pp. 722 y siguientes. No entraremos en pormenores acerca de la naturaleza jurídica de los tributos o de sus especies. Aquí, nuestro objetivo es esencialmente pragmático, mostrar al lector extranjero un panorama de la competencia tributaria en Brasil.

⁸ Existen aún las contribuciones sociales para la Seguridad Social que pueden revestir la naturaleza de impuesto o de tasa, mas de ellas no trataremos en este artículo.

1. Impuestos sobre el comercio exterior. Comprende el impuesto sobre la importación⁹ de productos extranjeros y el impuesto sobre la exportación, para el exterior, de productos nacionales o nacionalizados.
 2. Impuestos sobre la renta y lucros de cualquier naturaleza. En su concepción entra toda disponibilidad económica o jurídica proveniente del rendimiento del capital, del trabajo o de la combinación de ambos, así como todo incremento patrimonial de las personas físicas y jurídicas.
 3. Impuestos sobre los productos industrializados. Es la tributación de la producción industrial, mas lo es también sobre el consumo, porque sólo alcanza el producto en el momento en que sale del establecimiento industrial o equiparado para integrar el proceso constitutivo, aunque no sea el acto de consumo la situación generadora de la obligación tributaria.
 4. Impuesto sobre operaciones financieras. Se trata de un complejo de incidencias tributarias que otorga competencia a la Unión para instituir impuestos sobre operaciones de crédito, cambio y seguro, o relativos a títulos y valores mobiliarios.
 5. Impuesto sobre la propiedad rural. Es uno de los impuestos sobre el patrimonio. Es de competencia de la Unión para funcionar como instrumento auxiliar de la política agrícola. Es fiscalizado y cobrado por los Municipios.
 6. Tributación de grandes fortunas. A depender de ley complementaria aún no editada.
 7. CPMF. Contribución provisoria sobre el movimiento o transmisión de valores y de créditos y derechos de naturaleza financiera. De «provisoria» sólo tiene el nombre, ya que se va eternizando por sucesivas leyes.
- b) Tributos de competencia común a la Unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios. Son las tasas y contribuciones de mejoras que veremos a continuación:

⁹ Interesante es señalar que ya, por diversas veces, fueron elevadas las alícuotas del impuesto de importación, y el fisco cobró el impuesto correspondiente mediante la aplicación de alícuotas aumentadas, aún con relación a productos que se encontraban ya en el territorio nacional en el momento del aumento. La alícuota del impuesto de importación para automóviles fue elevada por lo menos dos veces recientemente. En la primera de ellas, quedó expresamente establecido que el aumento sería cobrado solamente con relación a las importaciones que aún no estuviesen en curso. En la segunda, no obstante, de mayor expresión económica, no se hizo ninguna observación y el cobro del aumento alcanzó automóviles ya desembarcados en los puertos brasileños simplemente porque no se otorgara aún el respectivo desembarco aduanero. De acuerdo con HUGO DE BRITO MACHADO, «La Supremacía Constitucional como Garantía del Contribuyente», *Revista Dialéctica de Direito Tributário*, volumen 68, p. 53.

Tasas¹⁰. Todas las entidades tributantes pueden instituir las privativamente, y recaudarlas en razón de: a) del ejercicio del poder de policía; y b) por la utilización efectiva o potencial de servicios públicos específicos y divisibles, prestados al contribuyente o puestos a su disposición y no pueden tener base de cálculo propia de impuestos.

Contribución por mejoras. Es posible instituir y cobrarla en razón de la valorización de la propiedad inmóvil decurrente de obras públicas. A Unión, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios les compete instituir la contribución de mejoras, decurrentes de obras públicas.

- c) Tributos de competencia residual. Aquellos de competencia exclusiva que la Unión puede instituir, mediante ley complementaria, otros impuestos que no tengan hecho generador ni base de cálculo idénticos a los impuestos expresamente discriminados en la Constitución.

B) Competencia tributaria de los Estados¹¹

- a) Tributos de competencia exclusiva de los Estados y del Distrito Federal:
 - 1. Tributos a la herencia y las donaciones. Se trata de impuesto sobre la transmisión *causa mortis* y donación, de cualesquiera bienes o derechos. Sus alícuotas máximas serán fijadas por el Senado Federal.
 - 2. Tributación a la circulación de mercaderías (ICMS). Es de competencia de los Estados y del Distrito Federal el impuesto sobre las operaciones relativas a la circulación de mercaderías y sobre prestaciones de servicios de transporte interestadual e intermunicipal y de comunicación, aunque las operaciones y las prestaciones se inicien en el exterior. Se trata de un impuesto complejo, con innumerables reglas, que no podrían ser discutidas en el presente trabajo.
 - 3. Tributación de vehículo automotor. Compete a los Estados instituir impuesto sobre la propiedad de vehículos automotores.

¹⁰ Para mayor ampliación sobre el tema de las tasas, vea entre otros, SACHA CALMON NAVARRO COELHO, *Teoria Geral do Tributo e da exoneração tributária*, San Pablo, RT, 1982.

¹¹ Continuaremos a continuación la presentación ofrecida por José Afonso da Silva integralmente.

Tendrá alícuotas mínimas fijadas por el Senado Federal y podrá tener alícuotas diferenciadas en función del tipo de utilización del vehículo.

- b) Tributos Comunes. Son las tasas y contribuciones de mejoras que pueden ser cobradas también por los Estados y Distrito Federal, tal como la Unión y los Municipios.

C) Competencia tributaria de los Municipios¹²

- a) Compete exclusivamente a los Municipios instituir los siguientes impuestos:
 1. Tributación a las propiedades urbanas. Es el impuesto sobre la propiedad predial y territorial urbana, sobre la propiedad inmueble, con o sin edificación, localizada en la zona urbana o con destino urbano.
 2. Tributación de las transmisiones de bienes inmuebles. Una forma de transmisión de bienes (inmuebles o muebles), por herencia o donación, es tributada por impuesto estadual. Aquí tenemos el impuesto sobre las transmisiones de bienes *inter vivos* a cualquier título, por acto oneroso, de bienes inmuebles, por naturaleza o por consentimiento físico y de derechos reales sobre inmuebles, excepto los de garantía (hipoteca), así como cesión de derechos a su adquisición.
 3. Tributación de los servicios. Se trata del impuesto sobre los servicios de cualquier naturaleza, definidos en ley complementaria. Hay una lista de servicios definidos en ley complementaria. También a ella cabe fijar sus alícuotas máximas y mínimas y excluir su incidencia en las exportaciones de servicios para el exterior, entre otros aspectos.
- b) Tributos comunes. Tasas y contribuciones por mejoras.
- c) Contribución de iluminación pública. Pueden ser instituidas por ley, las contribuciones para el costeo de los servicios de iluminación pública, observados los principios constitucionales. Tienen naturaleza de tasa.

El lector puede ahora, tener una idea general de los tributos en Brasil y el que compete a cada una de las personas políticas de la Federación

¹² Aún de acuerdo con José Afonso da Silva.

brasileña. Parece oportuno mencionar aún, como segundo movimiento de ese artículo, relacionar algunas consideraciones de los principios constitucionales tributarios, a fin de demostrar el plexo de garantías ofrecidas frente al poder tributario en Brasil.

3. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES TRIBUTARIOS

Es innegable, sobretodo a partir de la segunda mitad del siglo XX, el gran avance, o si quisiéramos así decirlo, la renovada dimensión que asumen los principios jurídicos en la ciencia del derecho, en especial en el campo de aplicación del derecho constitucional.

Pasan a ser, no sólo la síntesis de los valores abrigados en el ordenamiento jurídico, espejando la ideología social, más confrontando, otro sí, unidad y armonía al sistema, integrando sus diferentes partes y atenuando tensiones normativas.

En la trayectoria que los condujo al centro del sistema, los principios tuviera que conquistar el *status* de norma jurídica, superando la creencia de que tendrían una dimensión puramente aciológica, ética, sin eficacia o aplicabilidad directa e inmediata¹³.

Parece claro que entre innumerables funciones que desempeñan, los principios condensan valores, dan unidad al sistema y condicionan la actividad del intérprete.

Siendo así, parece útil referir, de paso, cuáles son los principios constitucionales generales y cuales son los principios constitucionales tributarios. El tema recibe clasificación diversa de acuerdo a los criterios adoptados. Partimos de la indicación presentada por el Profesor Paulo de Barros Carvalho¹⁴.

Para el eminente Profesor:

«Principios son líneas directivas que informan e iluminan la comprensión de segmentos normativos, imprimiéndoles un carácter de unidad relativa y sirviendo de factor adicionador en un dado conjunto de normas. Ejerce el principio una reacción centrípeta, atrayendo en torno de sí, reglas jurídicas que caen bajo su rayo de influencia y manifiestan la fuerza de su presencia. Algunas veces constan de precepto expreso, logrando el legislador constitucional,

¹³ De acuerdo con LUÍS ROBERTO BARROSO, que presenta amplia bibliografía sobre el tema, «Fundamentos teóricos y filosóficos del nuevo derecho constitucional brasileño (post-modernidad, teoría crítica y post-positivismo)», en la obra *A Nova Interpretação Constitucional*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

¹⁴ *Curso de Direito Tributário*, Editora Saraiva, San Pablo, 1991, pp. 90 y siguientes.

enunciarlas con claridad y determinación. En otras, no obstante, quedan subyacentes a la dicción del producto legislado, suscitando un esfuerzo inductivo para percibir las y aislarlas. Son los principios implícitos. Entre ellos y los expresos no se puede hablar en supremacía, con una única excepción: el principio de garantía del derecho, para el cual trabajan todos los demás principios, anhelando realizarlo.

Hay muchos principios constitucionales generales, válidos, para la plenitud del ordenamiento y que, por eso, influyen decisivamente, en el sector de los fenómenos jurídicos tributarios. Consideremos, uno a uno, los de mayor expresividad».

Intentaremos simplificar y reducir la exposición original del maestro, aludiendo en paso breve, a cada uno de ellos, pues nuestro objetivo es llegar, a continuación, a los principios siguientes, los constitucionales tributarios:

1. Principio de seguridad del derecho: Principio que está encima de todos los primados y rige toda y cualquier porción de orden jurídica. La seguridad del derecho se sitúa en la propia raíz del deber-ser e insita al deóntico, siendo incompatible imaginarlo sin determinación específica. El principio de la seguridad del derecho implícito, mas todas las magnas directrices operan en el sentido de realizarlo, dice el maestro Paulo.
2. Principio de garantía jurídica: No se confunde con el primero. El principio de garantía jurídica es decurrente de factores sistémicos que utilizan el primero (seguridad del derecho). Tal sentimiento tranquiliza los ciudadanos, abriendo espacio para el planeamiento de acciones futuras, cuya disciplina jurídica conocen, confiados que están en el modo por el cual la aplicación de las normas del derecho se realiza. Concomitantemente, la seguridad del tratamiento normativo de los hechos ya consumados, de los derechos adquiridos y de la fuerza de la cosa juzgada, les da la garantía del pasado. Esa bidireccionalidad pasado / futuro es fundamental para que se establezca el clima de garantía de las relaciones jurídicas.
3. Principio de igualdad: Contenido en el artículo 5º, I de la Constitución y refleja las tendencias axiológicas de extraordinaria importancia. Su destinatario es el legislador.
4. Principio de la legalidad: También implícito en nuestro sistema, art. 5º, II, esa máxima asume el papel fundamental de absoluta preponderancia.
5. Principio de irretroactividad de las leyes: Las leyes no pueden retroregir, alcanzando el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada, de acuerdo al artículo 5º, inciso XXXVI.

6. Principio de la universalidad de la jurisdicción: Previsto en el artículo 5º, inciso XXXV de nuestra Constitución. La ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza al derecho.
7. Principio que consagra el derecho de amplia defensa y el debido proceso legal: Cláusula que garantiza que en todos los procesos, judiciales o administrativos, inclusive aquellos relativos de materia tributaria, sea aplicada y respetada. Instrumento para preservar derechos y asegurar garantías en el aspecto formal y material (substancial), de gran desarrollo en Brasil, inclusive por fuerza de construcción jurisprudencial.
8. Principio de igualdad de las personas constitucionales: La Unión, los Estados y Municipios (y el Distrito Federal) son iguales. No hay jerarquía entre las personas políticas de la federación, como ya vimos, mas una relación de autonomía e igualdad. Cada una de ellas detenta competencias y autonomía legislativa, administrativa y judicial, derivadas de la propia Constitución de la República.
9. Principio que afirma el derecho de propiedad: Garantía constitucional. La propiedad es un derecho, mas con función social, como lo previsto en el artículo 5º, incisos XXII y XXIV de nuestra Constitución.
10. Principio de la libertad de trabajo: Libre el ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión, atendidas las calificaciones profesionales que la ley establece.
11. Principio que valoriza el derecho de petición: De gran importancia, ese antiguo derecho constitucional, que se remonta a la vieja Inglaterra, está también previsto en nuestra Constitución. (art. 5º, incisos XXXIV, letras «a» y «b»).
12. Principio de la supremacía del interés público al del particular: Pilar fundamental del derecho público brasileño, postulado esencial para la edificación del régimen jurídico administrativo, exalta la superioridad de los intereses colectivos sobre los del individuo o particular.
13. Principio de la indisponibilidad de los intereses públicos: Segundo pilar fundamental del edificio del derecho público. Dice el maestro Paulo: «los intereses públicos son inapropiables. El titular del órgano administrativo incumbido de representarlos no tiene poder de disposición, debiendo administrarlos en la más estrecha conformidad del que preceptúa la ley... Corolario de ese principio, en el terreno de los tributos, es la prominencia absoluta de la ley, en toda circunstancia en que al administrador tributario le cabe remitir débitos, transigir, efectuar compensaciones

o luchar, de alguna forma, con la titularidad de bienes o intereses del Erario.

A continuación, ya es posible verificar los Principios Constitucionales Tributarios, continuando, en secuencia, la lección de Paulo de Barros Carvalho¹⁵.

1. Principio de la estricta legalidad: Además de la previsión genérica de la legalidad, que ya vimos arriba, la Constitución brasileña reforzó la garantía y determinó su aplicación al campo tributario, consonantemente se ve en el artículo 150, I: «Sin perjuicio de otras garantías consolidadas para el contribuyente, es prohibido a la Unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios: I. exigir o aumentar tributos sin ley que lo establezca».

En otras palabras, cualquiera de las personas políticas de derecho constitucional interno, solamente podrá instituir tributo, esto es, describir la regla-matriz de incidencia, o aumentar los existentes, ampliando con base a cálculo o a alícuota, mediante la expedición de ley. Es el maestro Paulo quien afirma aún: «el vehículo introductor de la regla tributaria en el ordenamiento debe ser siempre la ley (sentido lato) pero el principio de la estricta legalidad dice más que eso, estableciendo la necesidad de que la ley adventicia traiga en su seno los elementos descriptores del hecho jurídico y los datos prescriptores de la relación obligatoria. Ese plus caracteriza la tipicidad tributaria...».

2. Principio de anterioridad: Visto el artículo 156, párrafos 5º y 8º que determina la obligatoriedad de la inclusión de todos los ingresos en el presupuesto anual. Complementado por el artículo 150, III, «b»: Sin perjuicio de otras garantías consolidadas al contribuyente, le es prohibido a la Unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios:... II. cobrar tributos... b) en el mismo ejercicio financiero en que haya sido publicada la ley que los instituyó o aumentó.

Por el principio de anterioridad, ningún tributo será cobrado, en cada ejercicio financiero, sin que la ley que lo instituye o aumente haya sido publicada.

3. Principio de irretroactividad de la ley tributaria: Entre las limitaciones del poder de tributar inscribió el constituyente el principio de la irretroactividad (CF, artículo 150, III, a). Dice el maestro Paulo: «En efecto, el enunciado normativo que protege el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada,

¹⁵ *Ob. cit.*, pp. 97, enunciado, y siguientes.

conocido como principio de irretroactividad de las leyes, no venía siendo, es bueno que se reconozca, impedimento suficientemente fuerte para obstar ciertas iniciativas de entidades tributantes, en especial de la Unión, en el sentido de alcanzar hechos pasados, ya consumados en el tiempo, debajo de plexos normativos según los cuales los administradores orientaron la dirección de sus negocios».

4. Principio de la tipología tributaria: En el derecho positivo brasileño, el tipo tributario es definido por la integración lógica de dos factores: hipótesis de incidencia y base de cálculo. Al binomio el legislador constitucional le otorgó la propiedad de diferenciar las especies tributarias entre sí, siendo también operativo dentro de las propias subespecies. Adecuadamente aislados los dos factores, estaremos autorizados a decir, sin hesitaciones y perplejidades, si un tributo es impuesto, tasa o contribución de mejora, bien como enunciar que tipo de impuesto o que modalidad de tasa¹⁶.
5. Principio de la prohibición de tributo con efecto de confiscación: Previsto en el artículo 150, IV de la Constitución Federal. De difícil demarcación doctrinaria y jurisprudencial, sus límites son siempre nebulosos y subjetivos.
6. Principio de la vinculabilidad de la tributación: Dice el Maestro Paulo a respecto del tema: «la actividad impositiva del Poder Público está toda ella regulada por prescripciones jurídicas que le permiten ejercer, concretamente, los derechos y deberes que la legislación tributaria establece, desarrollando su función administrativa mediante la expedición de actos discriminatorios y actos vinculados. El magisterio dominante se inclina por entender que, en los confines de la permanencia tributaria, han de existir solamente actos vinculados, fundamente sobre el cual exaltan el llamado principio... Mientras tanto, las cosas no pasan tan así. El ejercicio de la actividad administrativa, en ese sector, se opera también por medio de actos discrecionales, que son, además, más frecuentes y numerosos. Lo que sucede es que los expedientes de mayor importancia, aquellos que hablan más próximamente a los fines últimos de la pretensión tributaria, son pautados por una estricta vinculabilidad, carácter que, ciertamente, influyó la doctrina en el sentido de llegar a radical generalización.
7. Principio de la uniformidad geográfica: Previsto en el artículo 151, IV de la Constitución Federal. Se traduce en la determinación de que los tributos instituidos por la Unión, sean unifor-

¹⁶ Aún según Paulo de Barros Carvalho, p. 100.

mes en todo el territorio nacional. Se trata de la reafirmación de los principios federativos y de la reafirmación de la igualdad de las entidades federadas. Es prohibido establecer distinción o preferencia entre Estados, Municipios y el Distrito Federal en perjuicio de los demás.

8. Principio de no discriminación tributaria, en razón de la procedencia o del destino de los bienes: Significa que las personas tributantes están impedidas de graduar sus tributos, teniendo en cuenta la región de origen de los bienes o el lugar para donde se destinen. En consonancia con esa regla constitucional (art. 152), la procedencia y el destino son índices idóneos para efecto de manipulación de las alícuotas y de la base de cálculo por los legisladores de los Estados, de los Municipios y del Distrito Federal. E el dispositivo se refiere a bienes y servicios de cualquier naturaleza¹⁷.
9. Principio de territorialidad de la tributación: Es consecuencia del sistema constitucional tributario. El poder vinculante de una ley justificará los efectos jurídicos de estilo hasta los límites geográficos de la persona política que lo editó.
10. Principio de la indelegabilidad de competencia tributaria: La facultad legislativa de instituir tributos y sobre ellos disponer, inaugurando el orden jurídico, no puede ser delegada, debiendo permanecer en el cuerpo de las prerrogativas constitucionales de la persona que la recoja del texto superior. El artículo 7º del Código Tributario Nacional dispone: «La competencia tributaria es indelegable, salvo atribución de las funciones de recaudar o fiscalizar tributos, o de ejecutar leyes, servicios, actos o decisiones administrativas en materia tributaria otorgada por una persona jurídica a otra».

Examinados los principales principios constitucionales tributarios vigentes en Brasil y ofreciendo un panorama básico de nuestra Constitución Federal referida a la temática propuesta, pasamos inmediatamente a examinar el tema del control de la constitucionalidad en Brasil y sus peculiaridades.

4. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN BRASIL: LOS FUNDAMENTOS

El control de constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos consiste en el examen de la adecuación de ese conjunto de actos a la

¹⁷ Aún, según Paulo de Barros Carvalho.

Constitución, tanto de un punto de vista formal cuanto material, para el efecto de recusarse obediencia a su mandamiento, o igualmente para el efecto de declararle la nulidad.

La constitución, la ley de leyes, la *lex legum*, es la más alta expresión jurídica de la soberanía del Estado, como es de amplio conocimiento¹⁸.

El principio de la constitucionalidad significa que, en el Estado Democrático de Derecho, es la constitución que dirige el andar de la sociedad y vincula, positiva y negativamente, todos los actos del poder público además de regular y proteger, en gran medida, todos los actores sociales, individuales o colectivos.

Consecario esencial de la superioridad que se atribuye a las normas constitucionales sobre las demás fue la proscripción de un proceso especial para su elaboración.

Esa circunstancia de ser, las leyes constitucionales, elaboradas según un proceso más dificultado que aquél previsto para las leyes comunes constituye la denominada rigidez constitucional.

Ya de la rigidez constitucional deriva, como primordial consecuencia, el principio de la supremacía constitucional, principio fundamental del Derecho Constitucional.

Como sabemos en esencia, significa que la constitución se coloca en el vértice, en el ápice del sistema jurídico de un determinado país, al cual corresponde validez y que todos los poderes estatales sólo son legítimos en la medida en que ellas los reconozca y en la proporción en que por ella son distribuidos. En eso se consustancia el principio de la conformidad de los actos del poder público a las normas y principios constitucionales.

Cuando examinamos la constitución de 1988 llegamos a la conclusión que esas clásicas lecciones de derecho constitucional son plenamente aplicables. De hecho, la constitución brasileña es rígida y suprema, como se verifica de la simple lectura de su artículo 60, de lo contrario veamos:

Art. 60. La Constitución podrá ser enmendada mediante propuesta:

- I. De un tercio, como mínimo, de los miembros de la Cámara de Diputados o del Senado Federal.
- II. Del Presidente de la República.
- III. De más de la mitad de las Asambleas Legislativas de las unidades de la Federación, manifestándose, cada una de ellas, por la mayoría relativa de sus miembros.

¹⁸ No discutiremos aquí los mecanismos de integración del derecho nacional con el derecho comunitario o internacional por no ser nuestro foco de atención.

Párrafo 1° La Constitución no podrá ser enmienda en la vigencia de intervención federal, de estado de defensa o de estado de sitio.

Párrafo 2° La propuesta será discutida y votada en cada Casa del Congreso Nacional en dos turnos, considerándose aprobada si obtuviera, en ambos, tres quintos de los votos de los respectivos miembros.

Párrafo 3° La enmienda a la Constitución será promulgada por las Mesas de la Cámara de Diputados y del Senado Federal, con el respectivo número de orden.

Párrafo 4° No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir:

- I. La forma federativa de Estado.
- II. El voto directo, secreto, universal y periódico.
- III. La separación de los Poderes.
- IV. Los derechos y garantías individuales.

Párrafo 5° El asunto constante de la propuesta de enmienda rechazada o vista como perjudicada no puede ser objeto de nueva propuesta en la misma sesión legislativa.

En ese artículo, están las hipótesis en que es posible la propia alteración o modificación¹⁹. La constitución quiso protegerse de la acción no-

¹⁹ Existen evidentemente limitaciones al poder de reforma constitucional, a saber: a) limitaciones formales, el órgano del poder de reforma —el Congreso Nacional— habrá de proceder en los estrictos términos expresamente instituidos en la Constitución; b) limitaciones temporales: no comúnmente presentes en la historia constitucional brasileña, pero existentes en la Constitución del Imperio (1824), que preveía que sólo después de cuatro años de vigencia podría ser reformada; c) limitaciones circunstanciales: son las que derivan de ciertas circunstancias que impiden, durante su existencia, el proceso de enmiendas a la Constitución (ver art. 60, párrafo 1° arriba transcrito); d) limitaciones materiales: punto más sensible —aquí se coloca a saber si el poder de reforma constitucional puede alcanzar cualquier dispositivo de la constitución, o si al contrario, existen ciertas reglas que sean irreformables—. Para solucionar esa difícilísima cuestión hay que distinguir entre limitaciones materiales explícitas y limitaciones materiales implícitas. Con relación a las primeras, las constituciones brasileñas siempre contuvieron un núcleo inmodificable, lo que la doctrina llama de núcleo duro o cláusulas pétreas, preservando la Federación de la República. Ver el párrafo 4°, del artículo 60 arriba transcrito. Con relación a las limitaciones materiales implícitas o inherentes, la doctrina brasileña admite su existencia, por mínimo en tres situaciones: a) las concernientes al titular del poder reformados, pues sería absurdo que el legislador ordinario estableciese nuevo titular de un poder derivado sólo de la voluntad del constituyente originario; b) las relativas al proceso de la propia enmienda, distinguiéndose respecto a la naturaleza de la reforma, para admitirla cuando se trata de tornar más difícil su proceso, no aceptando cuando fuese a atenuarlo. La llamada revisión doble es ilógica y destructiva. La reforma constitucional nunca puede ser forma de destruir la constitución. Según NELSON DE SOUSA SAMPAIO, *O Poder de Reforma Constitucional*, 3ª edición, Editora Nova Alvorada, 1995, pp. 95 y siguientes.

civa del legislador común, para evitar que las leyes ordinarias, complementarias o delegadas, o igualmente las medidas provisionales²⁰ pudiesen contrariar sus disposiciones directa o indirectamente, expresa o implícitamente.

En síntesis, todas las manifestaciones normativas infra constitucionales deben, obligatoriamente, mantenerse respetuosas a los principios y reglas constitucionales, bajo pena de invalidez.

Pues bien, para proteger la constitución, para defenderla, para que el principio de la constitucionalidad permanezca íntegro, existen los sistemas de control de constitucionalidad.

A) Los sistemas de control de la constitucionalidad. Aspectos generales

Es extensa la literatura jurídica disponible sobre el tema en foco, quiera con relación a los sistemas de control, quiera en lo que dice a respecto de las características de cada uno de los modelos²¹. No vamos a descender a detalles de la evolución de los sistemas de control de constitucionalidad en los diversos países. Basta señalar el que hay de esencial en materia para, inmediatamente, entrar en la realidad brasileña.

Como muy bien apunta Mauro Cappelletti²², a pesar de la innegable contribución de los norteamericanos en la construcción del llamado *judicial review of legislation*²³, puesta en práctica por primera vez en el si-

²⁰ Las medidas provisionales (decretos de necesidad y urgencia), previstas en el artículo 62 de la actual constitución federal, sustitutas de los antiguos «decretos ley», presentes en la constitución anterior, de 1967/69, son instrumentos normativos, con fuerza de ley, adoptados por el Presidente de la República en caso de «relevancia» y «urgencia». Con el uso y abuso del instrumento por sucesivos Jefes del Poder Ejecutivo, sobrevino la Emenda Constitucional número 32/2001, que alterando el dispositivo, atenuó el problema insertando algunas prohibiciones a su edición. Entre ellas, es prohibido su edición en asuntos reservados a ley complementaria, como así también, sobre planes plurianuales, directivas presupuestarias, presupuestos y créditos adicionales y suplementarios. Sobre el tema de las medidas provisionales, ver nuestro trabajo intitulado, *A Medida Provisória na Constituição*, doctrina y decisiones judiciales, publicado por la editora Atlas, San Pablo, 1991.

²¹ Es posible, por ejemplo, sistematizar las características de cada una de las modalidades de control de constitucionalidad, teniendo en cuenta diversos aspectos como los subjetivos, los objetivos y procesales. De esta forma v.g. respecto a la naturaleza del órgano de control: a) político o judicial; b) respecto al momento de ejercicio de control preventivo o represivo, c) respecto al órgano judicial que ejerce el control difuso o concentrado; d) respecto a la forma o modo de control judicial por vía incidental o por vía principal. En fin, son varias las posibilidades de análisis de la temática.

²² *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2ª edición, Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1992, pp. 209 y siguientes.

²³ El autor comenta frase atribuida a James A. C. Grant: «En verdad, se puede decir que la confianza en los tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma superior a las leyes establecidas por la legislatura nacional es una contribución de las Américas a la

glo XVIII y difundida después en el curso del siglo XIX, en otros Países de las dos Américas y, posteriormente, en otras partes del mundo, la tesis merece un reparo histórico.

Verdadero es de hecho, que antes de haber sido puesto en práctica el sistema norteamericano de *judicial review (of the constitutionality of legislation)*, en los otros Estados —y me refiero, en particular, a los Estados de Europa— nada de semejante se había creado. La razón de esto es, de añadidura fácilmente comprensible si se piensa que, precisamente, con la Constitución norteamericana, se tuvo verdadera iniciación de la época del «constitucionalismo», con la concepción de la *supremacy of the Constitution* con relación a las leyes ordinarias. La Constitución norteamericana representó, en síntesis, el arquetipo de las así llamadas Constituciones «rígidas» contrapuestas a las Constituciones «flexibles», o sea el arquetipo de aquellas Constituciones que no pueden ser alteradas o derogadas, a través de leyes ordinarias, mas eventualmente, solamente a través de procedimientos especiales de revisión constitucional.

Es famosa, a ese respecto, y siempre citada la sentencia de la Suprema Corte (redactada por su *Chief Justice*, John Marshall), en la causa *Marbury versus Madison* de 1803, en la cual la alternativa entre Constituciones rígidas y Constituciones flexibles y la necesidad de escoger entre una y otra de las soluciones se encuentran enunciadas con insuperable claridad. Es evidente que o la Constitución prepondera sobre los actos legislativos que con ella contrastan o el poder legislativo puede cambiar la Constitución a través de ley ordinaria. No existe término medio entre las dos alternativas. O la Constitución es una ley fundamental, superior y no mutable por los medios ordinarios, o ella es colocada en el mismo nivel de los actos legislativos ordinarios y como estos, puede ser alterada a gusto del poder legislativo²⁴.

Sin embargo, pondera Cappelletti con innegable acierto, mucho antes, la gran civilización ateniense ya formulaba ese concepto, o la simiente de esa idea. El derecho ateniense, se distinguía, entre el *nómos*, esto es la ley en sentido estricto, y el *pséfisma*, o sea, para usar un término moderno, el decreto. En realidad, los *nómoi*, o sea las leyes, tenían un carácter que, bajo ciertos aspectos, se podría aproximar al de las modernas leyes constitucionales, y esto no solamente porque versaban respecto a la organización del Estado, más aún, porque modificaciones de las leyes (*nómoi*) vigentes no podrían ser realizadas a no ser a través de un procedimiento especial, con las características que, sin duda, pueden traer a la memoria del jurista contemporáneo, el procedimiento de revisión constitucional. Y

ciencia política». Antes, de hecho, nunca habría sucedido que un sistema de control de validez de la ley fuese confiado a la obra de los tribunales y que tuviese, por lo tanto carácter judicial.

²⁴ Aún según Mauro Cappelletti.

además, era principio fundamenta ya en la época, que el decreto (*pséfisma*), cualquiera que fuese su contenido debía ser legal, sea en la forma, sea en la sustancia. Esto es, el debía, ser constitucional, o sea no podía estar en contraste con los *nómoi* vigentes (con las leyes constitucionales vigentes).

Es también Mauro Cappelletti, en la misma obra, quien advirtió que el poder de cambiar las leyes ya era retirado de los caprichos de la Asamblea Popular (Eclesía) y que ya en Platón encontramos la idea por la cual la ley debe reproducir el orden divino, superior e inmutable, y no presentarse según los intereses mutables de los hombres o de las clases y, en Aristóteles, que consideraba la ley como norma por encima de las pasiones humanas y, significativamente, formulaba ya entonces la doctrina de la «supremacía de la ley» y de la ilegitimidad de la ley injusta.

De cualquier forma, se puede decir que históricamente, aún es posible referirse a la clásica contraposición de los dos sistemas de jurisdicción constitucional: el sistema norteamericano y el sistema europeo-kelseniano²⁵.

Por esta clasificación histórica, los sistemas de control de constitucionalidad son tres. El político, el jurisdiccional y el mixto. El control político es el que entrega la verificación de la inconstitucionalidad a órganos de naturaleza política, tales como: el propio Poder Legislativo, solución predominante en Europa en el siglo pasado; o un órgano especial, como el Presidium del Soviet Supremo de la ex-Unión Soviética, y el Conseil Constitutionnel de la vigente Constitución francesa de 1958.

El control jurisdiccional, generalizado hoy en día, denominado *judicial review* en los Estados Unidos de América del Norte, es la facultad

²⁵ También es correctísima la advertencia de Francisco Fernández Segado, que analiza ampliamente el tema, para quien: «Esta bipolaridad ya quedó sustancialmente afectada a raíz de los originales modelos de justicia constitucional creados tras la segunda posguerra en Italia y Alemania, en cuanto que los mismos partieron de una idea de Constitución muy próxima a la norteamericana, configuraron a sus respectivos Tribunales Constitucionales como una jurisdicción más que como un “legislador negativo” en la línea kelseniana, aunque esta idea-fuerza siguiera estando presente y a la misma se anudaron ciertas consecuencias jurídicas, y, finalmente, introdujeron un elemento difuso en un modelo de estructura y organización concentrada, como consecuencia de la constitucionalización... La enorme expansión de la justicia constitucional ha propiciado una mixtura e hibridación de modelos, que se ha unido al proceso preexistente de progresiva convergencia entre los elementos, supuestamente contrapuestos antano, de los dos tradicionales sistemas de control de constitucionalidad de los actos del poder... Como dice Rubio Llorente, citado por Fernández Segado, hablar hoy de un sistema europeo carece de sentido porque hay más diferencias entre los sistemas de justicia constitucional existentes en Europa que entre algunos de ellos y el norteamericano». «La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano», en la obra, *The Spanish Constitution in the European Constitutional Context*, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, publicado por Dykinson, Madrid, 2003, pp. 855 y siguientes.

que las constituciones otorgan al Poder Judicial de declarar la inconstitucionalidad de ley y de otros actos del Poder Público que contraríen, formal o materialmente, preceptos o principios constitucionales.

Por fin, el control mixto se realiza cuando la constitución somete ciertas categorías de leyes al control político y otras al control jurisdiccional, como ocurre en Suiza, donde las leyes federales quedan bajo el control político de la Asamblea Nacional, y las leyes locales bajo el control jurisdiccional²⁶.

Ya los sistemas constitucionales conocen dos criterios de control de la constitucionalidad: el control difuso (o jurisdicción constitucional difusa) y el control acentuado (o jurisdicción constitucional concentrada). Se verifica el primero cuando se reconoce su ejercicio a todos los componentes del Poder Judicial y el segundo, si fuera solamente otorgado al tribunal de cúpula del Poder Judicial o a una corte especial²⁷.

Se debe mientras tanto resaltar, un hecho poco señalado por la doctrina europea —se supone por su desconocimiento— según el cual, en Latinoamérica, mucho antes de la concepción kelseniana²⁸, como bien resalta Allan R. Brewer-Carías²⁹: «En efecto, desde mediados del siglo pasado, muchos países latino-americanos habían adoptado un sistema concentrado de control de la constitucionalidad confiando a la Corte Suprema del país el poder para decidir la nulidad de las leyes. Deben señalarse los casos de Colombia y Venezuela que poseen un verdadero sistema concentrado de control de la constitucionalidad desde 1850, en el cual la Corte Suprema ha tenido el monopolio de la anulación de las leyes. En Colombia, en 1991, este poder ha sido transferido a una Corte Constitucional. Debe señalarse también que, por lo general, los sistemas de control de la constitucionalidad que se han desarrollado en Latinoamérica durante los últimos 140 años, se han dirigido progresivamente hacia sistemas mixtos de control de la constitucionalidad, en los cuales coexisten el sistema difuso y el sistema concentrado. Este es el caso de Venezuela, Colombia y Guatemala, tal como se explicará más adelante. No obstante, algunos sistemas de América Latina permanecieron concentrados, como por

²⁶ De acuerdo con lección de JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso...*, *ob. cit.*, pp. 49 y siguientes.

²⁷ Aún de acuerdo con JOSÉ AFONSO DA SILVA.

²⁸ Recuérdese que es fundamentada la noción de que fue el genio de Kelsen, quien concibió el denominado «sistema concentrado de control de constitucionalidad» y que fue en Checoslovaquia el primer país europeo en adoptar el sistema de control de la constitucionalidad, en su propia constitución del 29 de febrero de 1920. Del mismo modo, ocurrió en Austria, después en Alemania e Italia.

²⁹ Visto el notable trabajo del gran jurista venezolano, «El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de Derecho Comparado)», en *Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan Brewer-Carías de Derecho Público-Universidad Católica del Táchira*, núm. 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1994, pp. 22 y 27.

ejemplo el de Uruguay y Paraguay donde la Corte Suprema de Justicia tiene una jurisdicción exclusiva y original para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Y más adelante doctrina el maestro:

«En todo caso, es evidentemente erróneo identificar el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes con el “modelo europeo”, ya que un sistema en el cual la jurisdicción exclusiva y original para anular las leyes y otros actos del Estado se confiere a la Corte Suprema de Justicia existente en un país dado y ubicada en la cúspide de la organización judicial, también debe ser considerado como un sistema concentrado de control de la constitucionalidad. Por esta razón, el segundo aspecto de la racionalidad del sistema concentrado de control de la constitucionalidad es el otorgamiento, a un órgano constitucional particular, sea la Corte Suprema o una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional especialmente creado, del papel de juez constitucional con el fin de anular leyes con efectos *erga omnes*».

Hechas esas advertencias preliminares, podemos pasar directamente a la realidad brasileña.

B) El sistema brasileño de control de constitucionalidad: breve análisis histórico de 1824 a 1969

Se puede afirmar que en Brasil, a lo largo de su historia, el sistema adoptado es el jurisdiccional, instituido con la Constitución de 1891³⁰ que, bajo la influencia del constitucionalismo norteamericano, acogiera el criterio de control difuso, también denominado vía de excepción, o vía de defensa, que perduró en las constituciones siguientes hasta nuestros días.

Actualmente la situación es diferente como tendremos oportunidad de verificar luego a continuación. Veamos antes, rápidamente, las notas principales del control a lo largo de la historia constitucional brasileña.

En Brasil del siglo XVIII, aunque el proyecto de la Constitución de Antonio Carlos admitiese implícitamente, en su artículo 226, el control de constitucionalidad de las leyes, la Constitución del Imperio, de 1824, no aceptó tal control, desde que la sanción imperial completaba formalmente su legalidad.

La Constitución del Imperio de Brasil tuvo larga duración. Al ser revocada por el Gobierno Republicano de 1889, después de 65 años, era la

³⁰ Primera Constitución Republicana de Brasil, segunda Constitución de su historia. La primera fue la de 1824, cuando aún éramos un Imperio.

segunda Constitución escrita más antigua del mundo, superada en aquella ocasión por la de los Estados Unidos de América.

Se caracterizó por una vigorosa centralización política y administrativa. Poca relevancia, o apenas independencia, tenía el Poder Judicial en aquella época. Entre otras razones, la Constitución prescribía en su artículo 10 que «los poderes políticos reconocidos por la Constitución del Imperio de Brasil son cuatro: el Poder Legislativo, el Poder Moderador (del Emperador), el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial»

Además, como la Constitución Imperial tenía una parte rígida y otra flexible, ni todas las normas eran de naturaleza constitucional, circunstancia que también afectaba el tema del control. Mientras tanto, no se puede negar que en su texto no se encontraba competencia del Poder Judicial, o de cualquier otro órgano político, expresamente, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de actos del poder público.

Pasemos a la República. Fue de hecho con la proclamación de la República y la institución de la Federación, bajo fuerte influencia del sistema norteamericano, que surge el control de constitucionalidad en Brasil, previsto en el artículo 59, número 2, y párrafo 1º, de la Constitución de 1891.

Es posible decir que en este período se acogió la jurisdicción constitucional, que era ejercida por el método difuso, ante cualquier juez o tribunal de la jurisdicción ordinaria, de acuerdo con el criterio de control difuso.

De a poco, vamos verificando que el método difuso, aunque permanezca como una realidad en Brasil, perdurando en las sucesivas Constituciones, a lo largo del tiempo fueron introducidos nuevos elementos, de forma que el sistema de control de constitucionalidad, como veremos posteriormente, se va alejando del criterio difuso puro, con la adopción de aspectos del criterio concentrado, sin que con eso haya una perfecta identificación con el sistema europeo.

Vamos a continuar examinando las Constituciones y su control a lo largo de la historia constitucional brasileña. Aún estamos en la Primera República, por lo tanto en 1891.

Por influencia de Rui Barbosa³¹, fue introducido un control judicial moderado en la Constitución de 1891³² (art. 59, párrafo 1º, b), pues las leyes estatales podían ser declaradas inconstitucionales. Seguidamente, la ley núm. 221, de 1894, art. 13, párrafo 10, completó esta orientación, atribuyendo a los tribunales el poder de no aplicar las leyes inconstitucionales.

³¹ Rui Barbosa fue un notable jurista brasileño del siglo XIX que tuvo gran influencia en la concepción de los modelos jurídicos de su época.

³² La Constitución de 1891 fue la primera constitución Republicana de Brasil, rompiendo con el régimen imperial anterior.

En la ocasión, Rui Barbosa, inspirado en las Constituciones de los Estados Unidos de América, Argentina y Suiza, influyó fuertemente la concepción de la Constitución de 1891. Esta Carta estableció un régimen presidencialista del tipo norteamericano: el Poder Ejecutivo no podría disolver la Cámara de Diputados y ni era obligado a escoger Ministros de confianza de ésta.

Pasemos al momento constitucional inmediatamente posterior.

La Constitución de 1934, fue inspirada por el modelo de Weimar, de 1919, y en la Constitución republicana española de 1931. Tenía como nota esencial, marcados avances en la legislación social, y la incorporación de ese tema en su texto.

La Constitución de 1934³³, mantuvo el control difuso de la constitucionalidad en su artículo 76, «a» y «b». Mientras tanto, trajo tres innovaciones importantes para la ocasión, a saber: la acción directa de inconstitucionalidad interventiva, prevista en el artículo 7º, I «a» y «b». Además, en su artículo 169, establecía: «Solamente por mayoría absoluta de votos de la totalidad de sus jueces, los tribunales podrán declarar la inconstitucionalidad de ley o de acto del poder público. Finalmente atribuía la competencia al Senado Federal para suspender la ejecución, en todo o en parte, de ley o de acto declarado inconstitucional en decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal.

A continuación llegamos a 1937, siempre siguiendo el criterio de reforma constitucional formal.

La Constitución de 1937 fue un retroceso en el aspecto político e institucional. Inspirada en la Constitución polaca de abril de 1935, instituyó un régimen político extremadamente centralizado en el Poder Ejecutivo.

En el tema objeto de nuestro análisis, recuérdese que también la Constitución admitió la declaración de inconstitucionalidad, aunque de cierto modo artificial, porque el Presidente de la República podía someter el reexamen del Parlamento en ese período, sucedió que el dictador de la ocasión, Getulio Vargas, llegó a anular, algunas veces, decisiones del Supremo Tribunal Federal.

La Constitución de 1946, se caracterizó por la tendencia restauradora de las líneas de 1891, con las innovaciones aprovechables de 1934, tales como, disposiciones de protección a los trabajadores, al orden económico, a la educación, a la familia. Fue una Constitución liberal, bien equilibra-

³³ Considérese que Brasil a lo largo de su historia constitucional tuvo las siguientes constituciones: la Constitución Imperial de 1824, la Republicana de 1891, la Constitución de 1934, la Constitución de 1937, la Constitución de 1946, la Constitución de 1967. Esta última sufrió tantas enmiendas que es correcto hablar de la Constitución de 1969. Finalmente la Constitución en vigor, es la Constitución de 1988, con varias enmiendas incorporadas en su texto, como ya vimos anteriormente.

da, restaurando las libertades y el Estado de Derecho, si es comparada con su antecesora inmediata.

La Constitución de 1946, sufriendo los influjos de la post guerra con la redemocratización de varias naciones, retornó a la técnica de la inconstitucionalidad de las leyes por el voto de la mayoría absoluta de la Corte.

Introdujo aún, dos novedades, a través de la Enmienda Constitucional número 16, de 6/12/65, creó una nueva modalidad de acción directa de inconstitucionalidad, de carácter genérico, atribuyendo competencia al supremo Tribunal Federal³⁴ para procesar y juzgar originariamente la representación de inconstitucionalidad de ley o acto normativo, federal o estadual, presentada por el Procurador General de la República (art. 2º, k), y también estableció que la ley podría establecer proceso, de competencia originaria del Tribunal de Justicia, para declarar la inconstitucionalidad de ley o acto municipal, en conflicto con la constitución estadual (artículo 19).

La Constitución de 1997, refleja nuevamente el fortalecimiento del Poder Ejecutivo. Se amplió su poder de iniciativa de leyes, de la limitación de tiempo para aprobación, por el Congreso, de los proyectos de Gobierno, en la delegación legislativa, en la restricción de enmiendas a los proyectos gubernamentales, y en la facultad, dada al Presidente de la República, de expedir decretos-ley.

La Constitución de 1967³⁵, que en su artículo 111 cuida de nuestro tema sin grandes novedades, si comparamos el momento inmediatamente anterior. Posteriormente, tuvimos la Enmienda Constitucional número 1, de 1969, que también denominamos Constitución, porque de Enmienda

³⁴ Históricamente recordamos que la primera Constitución brasileña, de 1824 constituyó el Supremo Tribunal de Justicia, que fue sucedido por el Supremo Tribunal Federal, organizado en 1890. Actualmente, el Supremo Tribunal Federal es, por la Constitución de 1988, compuesto de 11 jueces, designados de «Ministros», nombrados por el Presidente de la República, entre ciudadanos brasileños natos, con más de 35 años y menos de 65 años de edad, de «notable saber jurídico» y «reputación intachable», conceptos presentes en la Constitución, después de aprobada la elección por la mayoría absoluta del Senado Federal. El Supremo Tribunal Federal tiene jurisdicción en todo el territorio nacional. El Supremo Tribunal Federal ejerce su competencia originaria y recursal, teniendo también como relevante función, la guarda de la Constitución. Como veremos, no exclusiva, ya que remanente la competencia constitucional por el control difuso, mas como veremos más adelante, cada día más comprimida por los mecanismos de control concentrado, este sí, ejercido exclusivamente, por el Supremo Tribunal Federal.

³⁵ Recuérdese que en Brasil, por fuerza del movimiento militar, de 31 de marzo de 1964, vivimos por casi veinte años, un período de excepción que se extendió hasta mediados de la década de 80, cuando paulatinamente fue restaurado el Estado de Derecho. Evidentemente que este período, fue marcado por abuso y falta de respeto de las libertades públicas, de los derechos fundamentales, lo que suele suceder en períodos negros de la historia de todos los pueblos, lamentablemente.

sólo tiene el nombre, ya que tuvo por efecto alterar (desfigurar), completamente la Constitución de 1967.

Finalmente llegamos a 1988 que inaugura una nueva fase en el constitucionalismo brasileño, es decir, rompe con el *status quo* anterior, y establece un Estado Democrático de Derecho.

C) El sistema brasileño actual (1988) de control de la constitucionalidad de las leyes. El método difuso de control de la constitucionalidad

Brasil partió del sistema norteamericano, evolucionando para un sistema mixto y peculiar de control de constitucionalidad que combina esencialmente, como veremos, el criterio de control difuso por vía de excepción con el criterio de control concentrado por vía de acción directa de inconstitucionalidad.

Desde luego dejamos una nota. No vamos a tratar del control de inconstitucionalidad ejercido por el Poder Legislativo³⁶, o igualmente de la posibilidad de incumplimiento de ley inconstitucional por el Poder Ejecutivo, temas muy interesantes, mas que escapan a nuestra propuesta de trabajo.

Nuestro foco de análisis, como alertamos desde el principio, es el control judicial o jurisdiccional en Brasil. Comencemos por el control de constitucionalidad por vía incidental, o por el método difuso, como usualmente lo denominamos en Brasil.

El control judicial incidental (o vía de excepción³⁷) de constitucionalidad, como vimos, integra la tradición constitucionalista brasileña.

La apreciación de inconstitucionalidad de una ley o de un acto del poder público y su decretación o no, según se apure o no la desinteligencia con la Constitución, se puede verificar o en un proceso común, en que la alegación es realizada dentro de una controversia jurídica, entre partes y para decidir determinada relación de derecho, o por medio de alegación directa, en vista a la apreciación específica de la constitucionalidad. Esta última posibilidad veremos en otro momento.

El primer camino, con origen en el sistema norteamericano es en Brasil denominado alegación incidental de inconstitucionalidad o vía de de-

³⁶ Se trata del control ejercido en el ámbito del Parlamento, por sus Casas o Comisiones, o aún por intermedio del análisis del veto, o aún por el mecanismo de interrupción del acto normativo del Ejecutivo, por el Congreso Nacional, cuando los actos de aquel Poder exhorbiten del poder reglamentado o de los límites de la delegación legislativa. También recuérdese del análisis de la constitucionalidad que hace el Congreso al apreciar Medidas Provisorias, actos con fuerza de ley, editadas por el Presidente de la República. Son temas que no discutiremos.

³⁷ «Vía de excepción», porque excepciona sólo al interesado del cumplimiento de la regla tenida por inconstitucional.

fensa o vía de excepción porque, originalmente, era reconocida como argumento a ser deducido por el reo, como fundamento para desobligarse del cumplimiento de una norma inconstitucional.

Posteriormente, se pasó a admitir también el mecanismo para el autor de una acción que igualmente, puede postular, en su pedido inicial o en algún momento del proceso, la declaración incidental de inconstitucionalidad de una norma, para que no tenga que sujetarse a sus efectos.

Con la evolución del control difuso, se admite hoy pacíficamente que, la cuestión de la inconstitucionalidad deberá ser suscitada por medio de incidente, cuya iniciativa corresponde a cualquiera de las partes, al Ministerio Público o a los miembros del órgano fraccionario³⁸, inclusive hasta de oficio en actos de competencia originaria o recursal.

Hoy se puede decir, que la alegación de inconstitucionalidad, por la vía difusa o de excepción, es efectiva no sólo como defensa, mas también por medio de diversas acciones de naturaleza constitucional, como en *habeas corpus*, mandados de seguridad, acciones civiles públicas u otras acciones de procedimiento ordinario.

La inconstitucionalidad puede ser suscitada por las partes, por el Ministerio Público, pudiendo aún llegar a ser reconocida de oficio por juez (por cualquier juez) o Tribunal³⁹. En los Tribunales, dependiendo del voto de la mayoría absoluta de sus miembros, o del respectivo órgano especial, como está previsto en el artículo 97 de nuestra Constitución Federal

³⁸ Si la cuestión fuera suscitada en los Tribunales, se forma un incidente, y el órgano fraccionario del Tribunal remite la cuestión al Plenario del Tribunal o a su órgano especial, por fuerza de la norma reserva del plenario (full bench) que también tiene origen en el derecho norteamericano.

Decidida la cuestión de la constitucionalidad en el Plenario o en el órgano especial, el proceso retorna al órgano fraccionario en que fue suscitado el incidente de la alegación de inconstitucionalidad, para el juzgamiento del caso concreto a la luz del entendimiento firmado por el Plenario relativamente a la cuestión constitucional, a cual el órgano fraccionario queda vinculado, y se incorpora al juzgamiento del recurso o de la causa. Esta vinculación extiéndese a todos los órganos fraccionarios del Tribunal, extravasando los autos en que fue proferida y pasa a valer para todos los procesos subsecuentes en tramitación en el Tribunal, que envuelven la misma cuestión constitucional. Es también llamada de vehiculación horizontal, ya que la despescho del Plenario trascender el caso concreto ella no vincula otros Tribunales, mas solamente el Tribunal juzgador. Obsérvese finalmente que caso la cuestión ya tenga sido decidida por el Supremo Tribunal Federal, órgano fraccionario del Tribunal de origen no necesita remeter la materia su Plenario o su órgano especial, el que se justifica no solamente por la aplicación del principio de la economía procesal, como también con el de la seguridad jurídica.

³⁹ Obsérvese que la cláusula de reserva del plenario apenas atinge los órganos colegiados del Poder Judicial, no impedido por lo tanto que el juez monocrático cualquier juez aunque independiente de provocación de las partes litigantes, tenga competencia para conocer y declarar la inconstitucionalidad incidental de la norma jurídica donde se funda la pretensión del autor o del reo.

—mayoría que también se aplica en el control concentrado, como veremos más adelante— independientemente de la alegación de la parte.

La primera nota que caracteriza el método difuso o la alegación incidental de inconstitucionalidad (*incidenter tantum*), perjudicial al examen de mérito, es exactamente la necesidad del caso concreto.

El procedimiento judicial, la controversia, la decisión, deben ser determinadas cuanto a personas, al objeto, a la relación jurídica a ser examinada, a los hechos. El Poder Judicial, en este caso, no deciden en abstracto, es preciso el caso concreto⁴⁰.

Poco importa el tipo de proceso o de acción en que la parte va a litigar. Lo que se exige es que haya un conflicto de intereses, una pretensión resistida o un acto concreto de una autoridad que esté por amenazar o perjudicar los derechos de la parte. El objeto del pedido no es el ataque a la ley en sí misma, mas la protección de un derecho que sería por ella afectado⁴¹.

Luis Roberto Barroso⁴² nos ofrece un ejemplo de la inconstitucionalidad de norma tributaria y el método difuso de control:

«Supóngase que un Municipio haya instituido un tributo sin observar el principio de la legalidad y que un contribuyente se tenga recusado a pagarlo. La autoridad municipal, entonces, lo actuará, inscribirá la deuda e instaurará un proceso de ejecución de su crédito tributario. El contribuyente en su defensa, podrá ofrecer embargos de deudor o a la ejecución, argumentando que la cobranza es fundada en ley inconstitucional. El objeto de esa acción de embargos es determinar si el tributo es debido o no. Todavía, para formar su convicción, el juzgador tendrá que decidir previamente, si la ley que creó el tributo es o no constitucional. Esta es la cuestión prejudicial que subordina el raciocinio que él precisa desarrollar. Establecida la premisa lógica de decisión, él juzgará el mérito, condenando el contribuyente al pago o exonerándolo de realizarlo, de acuerdo a que haya considerado la ley válida o inválida».

Y más adelante observa:

⁴⁰ Conforme THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Del Control de la Constitucionalidad*, Ed. Forense, Rio, 1966.

⁴¹ El Supremo Tribunal ya inclusive resumió la cuestión afirmando que no es posible, por intermedio de mandado de seguridad de impugnar una «ley en tesis». Es preciso que haya por ejemplo un acto administrativo de ejecución de la ley en que la parte reputa inconstitucional. En síntesis, se la impugnación decir respecto a la ley, debese utilizar otro a camino que es la acción directa con diversos legitimados y con otro modus operandi.

⁴² *El control de Constitucionalidad en el Derecho Brasileño*, Editora Saraiva, San Pablo, 2004, pp. 72 y 75.

«...hacen parte de la rutina forense, por ejemplo, mandados de seguridad en los cuales el contribuyente busca preventivamente eximirse del pago de un tributo instituido por ley cuya constitucionalidad es cuestionable. O de *habeas corpus* interpuesto bajo el fundamento de que la autoridad basa la persecución penal en dispositivo (o en interpretación que a él se da) inconstitucional».

La segunda nota que caracteriza el control trata respecto a los efectos de la decisión. Como regla general, los efectos de cualquier sentencia valen solamente para las partes que litigan en juicio, no ultrapasando los límites establecidos en la demanda.

Otra cuestión trata respecto a qué tipos de normas pueden ser objeto de control incidental de constitucionalidad. El puede ocurrir con relación a normas emanadas de los tres niveles de poder, de cualquier jerarquía, inclusive anteriores a la constitución.

El Poder Judicial, federal o estadual, ya que no existe poder judicial municipal en Brasil, podrá dejar de aplicar, si considera la norma incompatible con la Constitución, ley federal, estadual o municipal, así como cualquier acto normativo, aunque secundario, como el reglamento, la resolución o la orden. Es por lo tanto bien amplia la posibilidad de control en esa vía, lo que no ocurre con la misma intensidad en el control concentrado que tienen sus particularidades, como veremos más adelante.

Como afirmamos, cualquier juez o Tribunal puede conocer la alegación de inconstitucionalidad en cualquier grado de jurisdicción y en cualquier acción, mas es interesante observar como la materia constitucional, en el control difuso, llega a los Tribunales Superiores, o aún al Supremo Tribunal Federal.

Por la estructura constitucional de competencias, en Brasil, la parte puede recorrer todo el Poder Judicial y su acción llegará, mediante recurso voluntario al Supremo Tribunal Federal. En esa vía, la parte allá llegará, si interpusiera el competente recurso extraordinario⁴³ previsto en el art. 102. III, de la Constitución brasileña.

También por la sistemática procesal brasileña, es posible que la parte tenga que valerse —para llegar al Supremo Tribunal Federal— de otros caminos. Así, por ejemplo, puede ocurrir que la cuestión constitucional,

⁴³ El art. 102, III, de la CF dispone: «Compete al Supremo Tribunal Federal, precisamente, la guarda de la Constitución, cabiendo... III, juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia, cuando la decisión recurrida: a) contraer dispositivo de esa Constitución; b) declarar la inconstitucionalidad de tratado o ley federal; c) juzgar válida ley o acto del gobierno local contestado en fase de esa Constitución; d) juzgar válida ley local contestada frente de ley federal. Observase que el Supremo Tribunal Federal, tiene competencia originaria y recursal. En el caso de esa última, trata da “última instancia” parte a parte, pues el Supremo es el órgano de cúpula de Poder Judicial brasileiro».

y por lo tanto la violación a la Constitución sea detectada en algún momento en el curso de la acción. Ocurrida esta hipótesis es preciso verificar que tipo de recurso detenta la parte para realizar su impugnación de modo que la materia pueda llegar inclusive al Supremo Tribunal Federal.

Llegando la causa al Supremo Tribunal Federal, por el control difuso, este Tribunal, al juzgarla, trata de reconocer o no, la inconstitucionalidad

No obstante, el Supremo Tribunal Federal debe comunicar la decisión al Senado Federal que, en el sistema brasileño, es el órgano competente (art. 52, X de la CF), para que por intermedio de una Resolución, suspender en su totalidad o en parte, la ejecución de la norma declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal.

En el momento en que la sentencia declara que la ley es inconstitucional, en el control difuso realizado incidentalmente, produce efectos pretéritos alcanzando la ley desde su edición, tornándola nula de pleno derecho. Produce por lo tanto, de norma, efectos retroactivos.

La pronunciación de nulidad de la norma debe acogerla desde su nacimiento (naturaleza declaratoria), limitándose a reconocer un vicio preexistente. Al reconocer la norma como inconstitucional, el juez debe eficacia retroactiva a la decisión, por lo tanto, *ex tunc*.

Veamos más detenidamente la cuestión de los efectos de la decisión en la vía incidental.

D) Los efectos de la decisión en el control difuso de la constitucionalidad (vía de excepción)

Como vimos, el control incidental de constitucionalidad es ejercido en el desempeño regular de la función jurisdiccional. Instaurando un proceso, por iniciativa del autor y posteriormente a la citación del reo, cabe al juez oír los argumentos de las partes y, observando el debido proceso legal, producir una sentencia que ponga término al litigio. Un proceso de conocimiento típico resultará en el pronunciamiento de una sentencia de mérito, por vía de la cual el órgano judicial aceptará o rechazará, en su totalidad o en parte, el pedido formulado⁴⁴.

Transitada en juzgado, la decisión, esto es, no siendo más impugnable por vía de recurso, ella se reviste de la autoridad de la cosa juzgada. Su eficacia subjetiva, mientras tanto, es limitada a las partes del proceso, sin afectar terceros (Código de Proceso Civil, artículo 473). Por otra parte, el objeto de la causa es demarcado por el pedido formulado, no pudiendo el pronunciamiento judicial extenderse más allá de el mismo. Por lo tanto,

⁴⁴ Conforme LUÍS ROBERTO BARROSO, *ob. cit.*, pp. 86 y siguientes.

la eficacia de la cosa juzgada es limitada a lo que fue pedido y decidido, siendo ciertamente que es la parte dispositiva de la sentencia (art. 458 del Código de Proceso Civil) en el cual contiene la resolución de las cuestiones puestas, que recibe la autoridad de la cosa juzgada.

El derecho brasileño siempre situó la norma inconstitucional en el campo de la nulidad, inclusive por influencia de la doctrina norteamericana (*is as though it never existed*). Ley inconstitucional es ley nula, es ley sin efecto y no apenas anulable⁴⁵.

De ese modo, tanto el derecho brasileño, como el americano, en este particular aspecto de la declaración incidental de inconstitucionalidad, pasa, para el caso concreto, la nulidad del acto y, por eso, la decisión judicial fulmina la relación jurídica fundada en el acto viciado desde su nacimiento, continuando la ley, todavía, vigente y produciendo efectos con relación a otras situaciones, a menos que, del mismo modo, haya la provocación de tutela judicial por los interesados⁴⁶.

Juzgada la acción, en esta vía incidental, por el Supremo Tribunal Federal⁴⁷ y, reconocida la inconstitucionalidad por el Poder Judicial, surge otro actor en ese escenario. Como vimos, el artículo, X de la Constitución Federal, dispone que compete específicamente al Senado Federal suspender la ejecución en todo o en parte, de ley declarada inconstitucional por decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal, por medio de Resolución.

¿Cuál es la razón de la competencia? La explicación lógica de su participación en ese proceso dice a respecto de la extensión de los efectos de la decisión. Como la decisión, en el control difuso sólo alcanza las partes, el mecanismo tuvo el objetivo histórico, desde 1934, de prevenir la

⁴⁵ ALFREDO BUZÁID, *La acción directa de inconstitucionalidad en el derecho brasileño*, Saraiva, San Pablo, 1958, p. 128.

⁴⁶ De acuerdo con CLÉMERSON MERLIN CLÉVE, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª edición, Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 2000, pp. 113 y siguientes.

⁴⁷ Destáquese que el artículo 97 de la Constitución Federal brasileña exige para la declaración de inconstitucionalidad de ley o acto normativo un quorum especial, también denominado de «reserva del plenario» a exigir la presencia en la sección de por lo menos ocho (8) Ministros, siendo que se proclamará la constitucionalidad o la inconstitucionalidad en un otro sentido sí hubieran manifestado por lo menos seis (6) Ministros, que es la mayoría absoluta de Supremo Tribunal Federal, compuesto de once (11) Ministros. La ley 9.868, de 10.11.99, que dispone, sobre el proceso de juzgamiento de la acción directa de inconstitucionalidad y de la acción declaratoria de inconstitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal, control concentrado por lo tanto, repite la regla arriba referida en su artículo 22 y 23. De otra parte, el Regimiento Interno del Supremo Tribunal Federal, en su artículo 143 dispone que «el plenario, que se reúne con la presencia mínima de seis Ministros, es dirigida por el Presidente y del Vicepresidente, de los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura y del Tribunal Superior Electoral es del ocho (8) Ministros».

reproducción de demandas idénticas o similares⁴⁸. De ese modo, se justificaría la participación del Senado Federal en el control difuso, pues la finalidad de la suspensión de la ley declarada inconstitucional pretende verificar efectos *erga omnes* a una decisión que vale apenas para las partes litigantes⁴⁹.

Existen diversas controversias doctrinarias sobre la naturaleza y del alcance de esa competencia del Senado Federal. Se discute cuando el carácter vinculado o discrecional del acto practicado por el Senado, si hay plazo para el ejercicio de esa competencia; la extensión de su competencia —qué tipos de actos normativos— pueden o deben ser suspendidos por la Resolución, y finalmente cuales son los efectos de esa decisión.

No es el caso de entrar a fondo en cada una de esas polémicas cuestiones. Basta señalar la posición que adoptamos y por qué la defendemos.

Preliminarmente, con relación al carácter vinculado o discrecional de la decisión del Senado Federal. Hay quien entiende, como Celso Ribeiro Bastos, que corresponde al Senado Federal examinar apenas si ocurren los presupuestos constitucionales de la declaración de inconstitucionalidad, no pudiendo a pesar de todo, omitirse a la suspensión de la ley declarada inconstitucional por el Supremo, desde que sean verificados los requisitos para ello⁵⁰.

Ya para corriente diversa, no puede el Senado, tener un papel de mero refrendador de las decisiones del Supremo Tribunal Federal, correspondiéndole evaluar, política y jurídicamente —criterio de conveniencia y oportunidad—, por lo tanto, de discrecionalidad, si y cuando suspende la norma juzgada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal.

Creemos que cualquier interpretación constitucional no puede ser hecha de modo de vaciar el contenido de cualquiera de sus prescripciones.

⁴⁸ La razón histórica de esa competencia es explicar por Barroso (*ob. cit.*), para quien transplantamos del derecho norteamericano el modelo incidental es difuso, mas allá las decisiones de los tribunales son vinculantes para los demás órganos judiciales sujetos a su competencia revisional. Eso es valido inclusive y especialmente para los juzgados de la Suprema Corte. De ese modo, el juicio de constitucionalidad por ella formulado, aunque relativo a un caso concreto produce efectos generales. No así, pero al caso brasileño, donde la tradición romano germánica vigente no atribuye eficacia vinculante a las decisiones judiciales, ni mismo las del Supremo Tribunal Federal. Eso todo, remárguese en el control difuso y incidental ya que en el control concentrado diversa es la solución da cuestión como tendremos oportunidades de observar.

⁴⁹ Lo que no ocurre en el control concentrado o abstracto, pues en ese último, la decisión de Supremo Tribunal Federal tiene eficacia contra todos (*erga omnes*) y en algunos casos, como veremos efectos vinculantes.

⁵⁰ *Revista de Derecho Público*, volumen 22. Hay quien profese opinión divergente, entendiendo presente carácter discrecional de la actividad del Senado. Para esta corriente, el Senado evalúa la conveniencia y la oportunidad de la suspensión de la eficacia del acto normativo tachado de inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal. De esta forma, puede dejar de determinar, o aún postergar, a su exclusivo criterio, a la suspensión.

No caben dudas respecto del papel del Supremo Tribunal Federal, de guardián principal (no exclusivo), de la Constitución. De esta forma, hay que destacar la jurisdicción constitucional, dándole valor y eficacia a sus decisiones.

Mientras tanto, es la misma Constitución que atribuye competencia al Senado Federal para: «suspender la ejecución, en todo o en parte, de ley declarada inconstitucional por decisión definitiva del Supremo Tribunal Federal». Nos parece que el Senado no está obligado a suspender la ejecución de la ley en la misma extensión de la declaración efectivizada por el Supremo Tribunal Federal.

Entendemos que existe discreción del Senado al ejercitar esa competencia. Se trata sí de acto discrecional —no arbitrario—. El Senado evalúa la conveniencia y la oportunidad de la suspensión de la eficacia del acto normativo tachado de inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal. De esta forma, puede dejar de determinar, o aún postergar, a su exclusivo criterio, la suspensión.

Además, los ejemplos existen en ese sentido. En ocasión del juzgamiento por parte del Supremo Tribunal Federal de la inconstitucionalidad del FINSOCIAL, en el Recurso Extraordinario número 150.764-1, el Senado entendió que la suspensión acarrearía «profunda repercusión en la vida económica del país, notadamente en momento de acentuada crisis del Tesoro Nacional y de la congregación de esfuerzos en sentido de la recuperación de la economía nacional», postergando la suspensión de la decisión y por lo tanto, del pretendido efecto *ergas omnes*.

En cuanto a las otras cuestiones remanecientes, no parece haber tanta polémica. A pesar de que el término «ley» previsto en el artículo 52, X, la interpretación del dispositivo ha sido extensiva, para incluir todos los actos normativos de cualquiera de los tres niveles de poder, el Senado también suspende, por lo tanto, actos estatales y municipales juzgados inconstitucionales por el Supremo Tribunal Federal en sede de control difuso.

Finalmente, con relación a la atribución de efectos a la suspensión del acto normativo por el senado, también hay fuerte polémica doctrinaria. Entendemos que a partir de la suspensión realizada por el Senado es que la ley pierde su eficacia, lo que nos lleva a admitir su carácter constitutivo. La ley, hasta aquel momento existió y, por lo tanto, obligó, creó derechos, deberes, con toda su carga obligatoria. Por lo tanto, la decisión tiene efectos *ex nunc*, ya que la decisión del Senado implica suspensión de la eficacia del acto normativo y no de su revocación.

Mientras tanto, y para finalizar ese tema, es preciso reconocer, como lo hace con acierto Luís Roberto Barroso, que toda esa discusión del papel del Senado en el control difuso perdió mucha de su fuerza. Esto porque, con la creación de la acción genérica de inconstitucionalidad, a par-

tir de 1965 y con las sucesivas alteraciones en el control de la constitucionalidad, operadas a partir de 1988. con la Constitución, y posteriormente, con sus diversas Enmiendas Constitucionales, una decisión del Supremo Tribunal Federal, sea en control incidental, sea en el control abstracto (concentrado), debe tener, en la práctica, «el mismo alcance y producir los mismos efectos».

Es decir que, aunque podamos reconocer el mantenimiento y la subsistencia formal del método difuso de control de la constitucionalidad en Brasil, con la introducción y el fortalecimiento del control concentrado —que veremos a continuación— realizada esa opción legislativa, parece lógico que las decisiones del Supremo Tribunal Federal terminen prevaleciendo en el tema de la inconstitucionalidad y que operen con la máxima eficacia en el sistema⁵¹.

Afirma Luís Roberto Barroso⁵²:

«Una decisión del Plenario del Supremo Tribunal Federal, sea en control incidental o en acción directa, debe tener el mismo alcance y producir los mismos efectos. Respetada la razón histórica de la previsión constitucional, desde su institución en 1934, ya no existe más razón lógica aceptable en su mantenimiento. También no parece razonable y lógico, con la venia debida de los ilustres autores que profesan entendimiento diverso, la negativa de efectos retroactivos a la decisión plenaria del Supremo Tribunal Federal que reconozca la inconstitucionalidad de una ley. Sería un exceso, una violación al principio de la economía procesal, obligar uno de los legitimados del artículo 103 a proponer acción directa para producir una decisión que ¡ya se sabe cuál es!

Por evidente, el reconocimiento de la inconstitucionalidad, sea en el control abstracto, sea por la extensión de los efectos de la decisión en concreto, no afecta, directa y automáticamente todas las situaciones preexistentes. En nombre de la seguridad jurídica, de la justicia o de otros valores constitucionales, habrá hipótesis protegi-

⁵¹ Con eso, no estamos afirmando que esa opción fue la mas acertada para la defesa de la Constitución brasileña y de los derechos fundamentales de los individuos. Por lo contrario, en el pasado y hasta hoy, siempre nos posicionamos críticamente en la materia. Afirmanos, en mas de una oportunidad que la adopción de un criterio mixto de control de constitucionalidad, con preponderancia notoria para el control concentrado y abstracto, causaría perplejidad y anacronismos en el sistema de control de constitucionalidad. No hay, hasta de una perspectiva puramente lógica como fortalecer y prestigiar un método (concentrado) y tener la ilusión de gozar de las ventajas integrales de otro (difuso). Fue lo que desarrolló con mas profundidad en el artículo intitulado: «A Ação Declaratória de Constitucionalidade — Inovação Infeliz», 1993, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de San Pablo*, volumen 39.

⁵² *Ob. cit.*, p. 92.

das por la cosa juzgada, por la buena fe, por la prescripción o decadencia u otros bienes e intereses que impongan ponderación como ya es admitido por la jurisprudencia del supremo Tribunal, aún antes de las innovaciones legislativas que permitieron la declaración de inconstitucionalidad sin el pronunciamiento de nulidad».

Mas el lector, sobre todo extranjero, debe haberse preguntado. Al final, ¿cómo decide el Poder Judicial, especialmente el Supremo Tribunal Federal brasileño cuando, en el control difuso, juzga una norma inconstitucional, alejándose de la aplicación de las partes litigantes?

La respuesta es clara. Como regla general, se aplica integralmente la teoría tradicional. La decisión, vía de regla tiene eficacia retroactiva, recogiendo la ley en su naciente, es decir, los efectos son *ex tunc*.

Es lo que se ve de varios juzgados. Ilustrativamente veamos algunos sumarios:

1. En el Recurso Extraordinario 431996-AgR-Amazonas, Relator (En un Tribunal, Juez que se encarga de relatar los incidentes de un proceso a sus pares) el Ministro Carlos Velloso, juzgado el 30/08/2005, Segunda Circunscripción, donde se reconoció la inconstitucionalidad de una gratificación concedida en base a una ley estadual. Dice el Relator en el sumario juzgado «La ley inconstitucional nace muerta. En ciertos casos, no obstante, los efectos deben ser mantenidos, en obsequio, sobre todo al principio de la buena fe, se vieron convalidados por la CF/88».
2. En el Recurso de Instrumento AL 533800-AgR-RJ Relator el Ministro Eros Grau, juzgado el 16/08/2005, Primera Circunscripción, donde se reconoció la inconstitucionalidad de la alícuota progresiva del IPTU⁵³ (Impuesto a la Propiedad Territorial Urbana), afirmando el relator de la decisión «la jurisprudencia de la Corte es firme en reconoce la inconstitucionalidad retroactiva de los preceptos atacados, imponiéndose, consecuentemente, la repetición de los valores pagos indebidamente».
3. En el Habeas Corpus núm. 77734-SC, Relator el Ministro Néri da Silveira, juzgado el 4/11/1998, Tribunal Pleno, donde fue reconocida la inconstitucionalidad *incidenter tantum*, del párrafo único del artículo 11 de la Ley núm. 9,636/1998, que trataba de la amnistía de delitos de omisión de repaso de contribuciones previsionales, por vicio formal, con eficacia *ex tunc*.
4. En la Acción Cautelar 661/MG, Relator el Ministro Celso de Mello, juzgado el 8/3/2005, Segunda Circunscripción, donde fue re-

⁵³ Vide ítem II 3-A (1) en ese trabajo.

conocida la inconstitucionalidad de la incidencia del ISS (Impuesto sobre Servicios) en el alquiler de vehículos automotores.

5. En el Recurso Regimental de Rio de Janeiro núm. 474335, Relator el Ministro Eros Grau, juzgado el 30/11/2004, donde fue reconocida la inconstitucionalidad de la tasa de iluminación pública por ser hecho generador un servicio inespecífico, no mensurable, indivisible e insusceptible de ser referido a determinado contribuyente a ser costado por medio del proyecto de la recaudación de los impuestos generales. Efectos *ex-tunc*.

Resáltese que en determinadas hipótesis, marcadas por excepcionalidad, aún en el control difuso de constitucionalidad, es posible dar efectos *ex nunc* (pro futuro) a la declaración incidental de inconstitucionalidad.

Fue lo que ocurrió, por ejemplo, en el Supremo Tribunal Federal, que en el Recurso Extraordinario núm.226994-SP, Relator el Ministro Mauricio Corrêa, juzgado el 31/03/2004, donde se reconoció exceso de poder de legislar en un determinado Municipio, para declarar determinada norma municipal inconstitucional —por violación al principio de la razonabilidad e igualdad—. En el caso en examen, se reconoció la presencia de una excepcionabilidad «en que la declaración de nulidad, con sus efectos normales *ex tunc*, resultaría en grave amenaza a todo el sistema legislativo vigente. Preponderancia del interés público para garantizar, en carácter de excepción, efectos pro futuro a la declaración de inconstitucionalidad.

Por fin, regístrese que la Ley 9.868, del 10.11.1999, que dispone sobre el proceso de juzgamiento de la acción directa de inconstitucionalidad y de la acción declaratoria de inconstitucionalidad ante el Supremo Tribunal Federal, por lo tanto, control concentrado abstracto de constitucionalidad⁵⁴, prevé, en su artículo 27, un comando genérico al disponer:

«Art. 27. Al declarar la inconstitucionalidad de ley o acto normativo y teniendo en vista razones de seguridad jurídica o de excepcional interés social, podrá el Supremo Tribunal Federal, por mayoría de dos tercios de sus miembros, restringir los efectos de aquella declaración o decidir que ella sí lo tenga eficacia a partir de su tránsito en juzgado o de otro momento que venga a ser fijado».

Como vimos, el Supremo Tribunal Federal, en el control difuso de constitucionalidad, continúa a afirmar la tesis de la nulidad de ley inconstitucional, abriendo excepciones cuanto a limitación de los efectos.

Ese tema es muy delicado y de difícil ecuación en un sistema como el brasileño que adopta un sistema mixto de control de la constitucionalidad

⁵⁴ Tema que cuidaremos luego adelante.

donde conviven —no sin conflictos o problemas— ambos sistemas —el difuso y el concentrado—.

Aquellos que defiende la mitigación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad recuerdan que el mismo sistema norteamericano, el modelo de referencia de la nulidad de la ley inconstitucional admite, en casos determinados, hasta igualmente la pura declaración de inconstitucionalidad con efectos pro futuro.

Durante décadas el Supremo Tribunal Federal no admitía —salvo raras hipótesis— limitar los efectos de la inconstitucionalidad en el control difuso. Más recientemente, sea en razón de algunos casos emblemáticos, sea en razón de la previsión de la ley 9868 que no cuida del control difuso, mas que enfrenta el problema; es cierto que comienza a esbozarse, si no una doctrina, una jurisprudencia incipiente que pretende institucionalizar esas excepcionalidades.

Es el que se ve, por ejemplo, del largo voto proferido en la Petición de Medida Cautelar 2859-MC-SP, juzgado el 6/4/2004, del Supremo Tribunal Federal, donde el Relator, Ministro Gilmar Mendes, teje largas consideraciones acerca del problema, recordando que aún en el derecho norteamericano se admite tales limitaciones.

Suficiente, en lo esencial, las siguientes conclusiones:

1. El sistema difuso o incidental más tradicional del mundo pasó a admitir la mitigación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad y, en casos determinados, acogió hasta la misma pura declaración de inconstitucionalidad con efectos exclusivamente pro futuro.
2. El modelo difuso no se muestra incompatible con la doctrina de la limitación de los efectos.
3. Si el sistema constitucional legitima la declaración de inconstitucionalidad restringida en el control abstracto, esta decisión podrá afectar, igualmente, los procesos del modelo concreto o incidental de normas.
4. Es posible de ser adoptada la orientación del derecho portugués. Podrá el Supremo Tribunal Federal, teniendo en vista los propios fundamentos legitimadores de la restricción de efectos, podrá declarar la inconstitucionalidad con efectos limitados, haciendo por lo tanto, la reserva de los casos ya decididos o de los casos pendientes hasta un determinado momento. Es lo que ocurre en el sistema portugués, donde el TC reserva, frecuentemente, los efectos producidos hasta la fecha de la publicación de la declaración de inconstitucionalidad en el Diario de la República o, aún, acrecienta en el dispositivo que son exceptuadas aquellas situaciones que estén pendientes de impugnación contenciosa.

5. Es posible que el Supremo Tribunal Federal, al apreciar el Recurso Extraordinario, declare la inconstitucionalidad con efectos limitados. Tal limitación derivaría, sería una consecuencia inherente al control judicial de constitucionalidad⁵⁵,
6. Habiendo eventual conflicto entre el principio de la nulidad y el principio de seguridad jurídica, que entre nosotros tiene *status* constitucional, la solución de la cuestión ha de ser, igualmente llevada a efecto en un proceso de compleja ponderación.
7. El derecho brasileño jamás aceptó la idea que la nulidad de la ley importa en la eventual nulidad de todos los actos con base que en ella vengan a ser practicados;
8. Se concede protección al acto singular, en homenaje al principio de la seguridad jurídica, procediéndose a la diferenciación entre el efecto de la decisión en el plano normativo y en el plano del acto singular mediante la utilización de las llamadas fórmulas de preclusión. De esta forma, los actos practicados con base a la ley inconstitucional que no se muestren susceptibles de revisión no son afectados por la declaración de inconstitucionalidad.
9. Razones de seguridad jurídica pueden obstar a la revisión del acto practicado con base en la ley declarada inconstitucional;
10. El principio de seguridad jurídica encuentra expresión en el propio principio del Estado de Derecho.

Por fin, afirma el Ministro en su voto:

«Lo que importa señalar es que, consonantemente, la interpretación aquí preconizada, el principio de la nulidad solamente habrá de ser alejado si se pudiera demostrar, con base en una ponderación concreta que la declaración de inconstitucionalidad ortodoxa envolvería el sacrificio de seguridad jurídica o de otro valor constitucional materializable bajo la forma de interés social. Por lo tanto, el principio de nulidad continúa siendo regla también en el derecho brasileño. El alejamiento de su incidencia dependerá de un severo juicio de ponderación que, teniendo en vista el análisis fundado en el principio de proporcionalidad, haga prevalecer la idea de seguridad jurídica o de otro principio constitucional relevante, manifestado bajo la forma de interés social relevante».

⁵⁵ Recuérdese por oportuno que en el derecho norteamericano, las decisiones son proferidas para que puedan servir de precedentes para el futuro, mas antes para resolver las disputas entre los litigantes. La utilización del precedente en casos posteriores es una derivación incidental. Los precedentes, no son allá aplicados de forma automática.

Para el lector extranjero parece interesante aún recordar —de paso— que en el sistema difuso de control de constitucionalidad en Brasil, son diversas las posibilidades para la parte discutir el tema.

Como ya alertamos, cualquier parte en cualquier grado de jurisdicción, ante cualquier juez en cualquier acción o tema puede ser suscitado. En tanto, existen algunas en que esa defensa es más común. Son las acciones más propicias a la defensa de los derechos donde de un lado encontramos la autoridad pública, practicando una ilegalidad o un abuso de poder.

Así, es de recordar, el mandado de segurança⁵⁶, y el mandado de injunción⁵⁷, ambas acciones de naturaleza constitucional. Los dos instrumentos están destinados a la garantía de derechos subjetivos concretamente considerados, sean ellos individuales o colectivos.

Por medio del mandado de segurança, el impetrante busca protección contra acto o amenaza de acto ilegal de autoridad, lesivo de derecho garantizado por norma auto aplicable, mas que, en su entender está siendo irrespetada por el Poder Público⁵⁸.

⁵⁶ El artículo 5º, inciso LXIX de la CF afirma: «concederse a segurança para proteger derecho líquido y cierto, no amparado por habeas corpus o habeas data, cuando el responsable por la ilegalidad o abuso del poder por autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del Poder Público». Es el inciso LXX: el segurança colectivo puede ser impetrado por: partido político con representación en el Congreso Nacional; organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento hay por lo menos un año en defensa de los intereses de sus miembros o asociados.

⁵⁷ El artículo 5º, inciso LXXI dispone: «concederse por mandado de injunción siempre que la falta de norma reglamentadora torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía». Creado con el objetivo de aminorar el grave problema de la omisión del legislador para tornar eficaces los derechos constitucionales asegurados, lamentablemente el Supremo Tribunal Federal interpretando y aplicando esa garantía fue extremadamente tímido lo que contribuyó decisivamente para su desprestigio. Para detalles ver nuestro trabajo *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*, Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 1991 (agotado).

⁵⁸ Disertando a respecto del segurança en materia tributaria, Lucia Valle Figueiredo, expone que la sentencia concesiva en el segurança hace cosa juzgada material. Todavía se denegatoria, puede hacer o no. Afirma aun la ilustre profesora con relación a inconstitucionalidad el siguiente: «sí el deudor, polo pasivo de la relación jurídica, no debe pagar el tributo, una vez que el mismo es desconforme con la Constitución, eso implica la restacación jurisdiccional negar la relación jurídica instaurada por fuerza de la ley inconstitucional. Aunque la declaración de inconstitucionalidad, hecha por la vía de excepción, sea apenas *incidenter tantum*, atinge ella la relación jurídica instaurada entre el Fisco y contribuyentes que se encuentren en el polo pasivo. No sería creíble que la orden fuera limitada a un mes o mismo a un ejercicio. Eso sería retirar toda la fuerza de la garantía constitucional y posibilitar al mismo agente público a la renovación de la constricción. Inclusive con falta de respeto a la cosa juzgada», en la obra *Estudos de Direito Tributário*, Malheiros Editores, San Pablo, 1996, p. 71.

En el mandado de injunción cabe al impetrante demostrar que la Constitución Federal le defirió un derecho, cuyo ejercicio está siendo obstado por la falta de la norma que lo reglamenta. Si el derecho proviene del artículo de la Constitución auto aplicable, o puede ser deducido con recurso a la analogía, no cabe mandado de injunción, mas mandado de segurança.

Resáltese aún, que el mandado de segurança colectivo fue una conquista de la Constitución de 1988. Por su intermedio, ya interpretado según la visión de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal y del Superior Tribunal de Justicia⁵⁹, los intereses defendidos —por las entidades de profesionales— deben ser típicos de la colectividad que componen la entidad profesional.

Así, v.g., la Orden de los Abogados (Colegio de Abogados), no tendría legitimidad para llevar ajuicio mandado de segurança colectivo postulando eximir a todos los abogados de pagar impuesto de renta —obligación que no es específica de la clase profesional—, mas podría impugnar la validez de la tasa hipotéticamente incidente sobre la retirada de los autos de registros públicos,

También con relación a los partidos políticos, entiende la jurisprudencia de los Tribunales brasileños extendido el requisito de pertinencia. En este sentido el STJ, decidió al juzgar partido político carente de legitimidad para impetrar mandado de segurança colectivo en favor de titulares de beneficios previsionales. Los intereses a ser defendidos —según el entendimiento jurisprudencial— deben ser atinentes a finalidades político partidarias.

No compactamos con tal entendimiento. Como los partidos políticos son piezas fundamentales en la defensa de la democracia la jurisprudencia podría haber sido amplia y generosa para reconocer en ellos un mayor espectro de legitimidad en la defensa de los llamados intereses difusos de la sociedad.

Existen aún casos raros, donde es utilizada la acción popular⁶⁰, también acción de naturaleza constitucional para impugnar, en casos concretos, asuntos con reflejo constitucional. Recordamos un caso de un contri-

⁵⁹ El Superior Tribunal de Justicia, constituido por el artículo 104 da CF es el más elevado Tribunal jurisdiccional del País en lo que toca la interpretación del derecho federal en breve síntesis, con amplia competencia para resolver conflictos y uniformizar los temas federales. No se confunde con el Supremo Tribunal Federal, órgano de cúpula del Poder Judicial, guardián precípalo de la Constitución.

⁶⁰ La acción popular prevista en el artículo 5º, inciso LXXIII de la CF dispone: «cualquier ciudadano o parte legítima para poner la acción popular que vise a anular acto lesivo al patrimonio público o de entidad de que el Estado participe, la modalidad administrativa, al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural quedando el autor, salvo comprobada mal intención, libre de costas judiciales y de cargo de sucumbencia».

buyente que inició juicio en acción popular en vista a anular acto del Gobernador del Estado de San Pablo, adonde éste había contemplado exclusivamente el sector de bares y restaurantes con amnistía fiscal referida a la deuda tributaria. Teniendo el ciudadano reputado este acto como inigualitario, ilegal por lo tanto, y causador de daño al erario público, propuso acción popular en materia tributaria con el objetivo de anular tal acto de amnistía fiscal.

Finalmente en el ámbito del control difuso, recordamos la utilización de la acción civil pública⁶¹, de naturaleza infra constitucional, como instrumento adecuado e idóneo de control incidental de constitucionalidad, por la vía difusa, de cualesquiera leyes o actos del Poder Público, aún cuando impugnados frente a la Constitución de la República⁶².

Pasamos ahora a verificar el control concentrado (abstracto) de constitucionalidad en Brasil.

5. LA FISCALIZACIÓN ABSTRACTA DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO BRASILEÑO

Partiremos de la Constitución de 1988 para analizar el tema de la fiscalización abstracta de la constitucionalidad en el derecho brasileño.

En comparación con el régimen anterior (Constitución de 1967/1969) el tema sufrió gran evolución.

Como vimos, la Constitución de 1988 mantuvo el control difuso y concentrado de constitucionalidad, reforzando paulatinamente este último, amplió la lista de entes y órganos legitimados a provocar y proponer la acción directa de inconstitucionalidad, anteriormente competencia exclusiva del Procurador General de la República. Además, previó la institución, en el ámbito estadual, la representación de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos estaduais o municipales frente a la Constitución estadual (art. 125).

Ya, más recientemente, en razón de la aprobación de la Enmienda Constitucional número 45 de 2004⁶³, apso a considerar como legitimados

⁶¹ La acción civil pública, prevista en la Lei 7.347/1985, disciplina la responsabilidad por los daños causados al medio ambiente, al consumidor, a bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisajístico, y su artículo 21 establece: «se aplican a la defensa de los derechos e intereses difusos colectivos e individuales, en lo que sea procedente, los dispositivos del Código de Defensa del Consumidor».

⁶² En ese sentido, *inter-plures*, Informativo 212 del Supremo Tribunal Federal (RCL 1733), Relator Ministro Celso de Mello.

⁶³ Por fuerza da EC 45/2004, las decisiones definitivas de merito proferidas por el Supremo Tribunal Federal en las acciones directas de inconstitucionalidad e en las acciones declaratorias de constitucionalidad producirán eficacia contra todos y efecto vinculante, re-

para la acción declaratoria de constitucionalidad, los mismos sujetos que detienen legitimación para la acción directa de inconstitucionalidad.

Recordando, tenemos en el conjunto:

- a) acción directa de inconstitucionalidad (por acción o omisión)⁶⁴;
- b) acción declaratoria de constitucionalidad (introducida por la Enmienda Constitucional número 3, de 17-3-1993);
- c) la argumentación de incumplimiento de precepto fundamental (ADPF), consecuente de la Constitución.

Veamos aisladamente cada una de las hipótesis.

A) Inconstitucionalidad por acción

Ocurre con la producción de actos legislativos o administrativos que contraríen normas o principios de la Constitución Federal o de las Constituciones estatales. Es lo que encontramos en los artículos 102, I, a; 103, párrafo 3º, 125, párrafo 2º, todos de la Constitución, siendo atacada mediante acción directa de inconstitucionalidad (ADI) por acción, federal o estatal.

Son legitimados para la proposición de la acción directa de inconstitucionalidad: el Presidente de la República, la Mesa del Senado Federal, la Mesa de la Cámara de Diputados, la Mesa de la Asamblea Legislativa, el Gobernador del Estado, el Procurador General de la República, el Consejo Federal de la Ordem dos Advogados (Colegio de Abogados) de Brasil, partido político con representación en el Congreso nacional, confederación sindical o entidad profesional de ámbito nacional, la Meda de la Cámara Legislativa y el Gobernador del Distrito Federal.

El Supremo Tribunal Federal al analizar e interpretar el tema de la legitimación de los interesados en esta acción directa, firmó el entendi-

lativamente a los demás órganos de Poder Judicial y la administración pública directa y indirecta, en las esferas estatal y municipal.

⁶⁴ Hay aun la acción directa interventiva, prevista en el artículo 36, III, mas de ella no cuidaremos porque se trata mucho más de un mecanismo para preservación, mediante intervención, de los principios sensibles de la Constitución, violados por entidades federadas que un forma de inconstitucionalidad genérica. Basta señalar que la intervención federal consiste en mecanismo excepcional de limitación da autonomía del Estado Miembro. Ella destinase a la preservación de la soberanía nacional del pacto federativo y de los principios constitucionales sobre los cuales se erige el Estado Democrático de Derecho. Tratase de una acción anomalía y especial. No se encuadra como un medio de control abstracto de constitucionalidad. Versa un litigio constitucional de una relación procesual contradictoria, contraponiendo la Unión y Estado miembro cuyo desecho puede resultar en intervención federal. Vide el artículo 34 y 36 de la CF brasileña.

miento que algunos de ellos deben demostrar interés en la aludida acción, con relación a su finalidad institucional. Son ellos: a) confederación sindical o entidad profesional de ámbito nacional, b) Mesa de la Asamblea Legislativa y Gobernador del Estado. Considera el STF, esos autores interesados especiales, que deben demostrar el interés en la proposición de la acción relacionada a la finalidad institucional⁶⁵. Ya los demás son legitimados universales y no necesitan demostrar pertinencia temática⁶⁶.

Se trata de la clásica acción directa de inconstitucionalidad. Acción directa genérica, medio especial de provocación de la jurisdicción constitucional. Afirma Cleverso Merlin Clève⁶⁷, monografista del tema:

«Se trata, no obstante, de acción que inaugura un “proceso objetivo”. Un “proceso” que se materializa del mismo modo que los demás, como instrumento de la jurisdicción (constitucional concentrada); por medio de él será solucionada una cuestión constitucional. No puede ser tomando, en tanto, como medio para la composición de una lid. Es que, siendo “objetivo”, no existe lid en el proceso iniciado por la acción directa genérica de inconstitucionalidad. No existe, al final, pretensión resistida...

En vista de ello, en general, los legitimados activos de la acción directa no buscan, principalmente, con la provocación del órgano ejerciente de la jurisdicción constitucional concentrada, la tutela de

⁶⁵ Firmó el STF a la jurisprudencia en el sentido de que entidad de clase es constituida por asociados, esto es, por personas físicas que integran la clase u no por las llamadas «asociaciones de asociaciones! Estas son asociaciones federales y son integradas por asociaciones estaduais. Entonces, en ese caso en entidad de clase, porque esas asociaciones estaduais se asocian de forma confederativa componiendo una asociación federal. Además, con referencia al problema de que estas entidades deberán tener ámbito nacional, se fijó por el principio de la analogía que la semejanza de lo que ocurre con los partidos políticos, esas entidades profesionales tendrán que tener como miembros entidades estatales que pertenezcan a por lo menos nueve Estados. En juzgado más reciente, se alteró el entendimiento para admitir la «asociación de asociaciones», ADIN 3153 AGR-DF. También entiende el STF que por «entidad de clase» deve ser entendida de norma, categoría profesional. Ya en relación a las entidades sindicales se da legitimidad a las confederaciones, que son compuestas de asociaciones.

⁶⁶ El objeto de la acción directa de inconstitucionalidad debe guardar relación de pertinencia con la actividad representada de la confederación o de la entidad de clase de ámbito nacional y con las funciones ejercidas por los demás legitimados especiales, el Gobernador del Estado y del Distrito Federal, Mesa de la Asamblea Legislativa y Mesa de la Cámara Legislativa, inexigiéndose tal relación cuando se trata de los demás legitimados universales, el Presidente de la República, Mesas del Senado y de la Cámara de Diputados, procurador General de la República, Consejo Federal de la OAB y partidos políticos, con representación en el Congreso Nacional.

⁶⁷ *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª edição, 2000, pp. 142 y siguientes.

un derecho subjetivo, mas sin la defensa del orden constitucional objetivo (interés genérico de toda colectividad)».

Lo que se busca a través de la acción directa de inconstitucionalidad genérica es el control de constitucionalidad del acto normativo en tesis abstracto, marcado por la generalidad, impersonalidad y abstracción, al contrario del que ocurre en el control difuso, como ya lo hemos visto.

En la acción directa, cabe al autor apuntar los actos infra constitucionales que considera inconstitucionales, incompatibles con la Constitución y las normas constitucionales frente de las cuales están siendo cuestionados, con las respectivas razones.

Anota Barroso⁶⁸ que como regla general el Supremo Tribunal Federal adopta el entendimiento de que no puede extender la declaración de inconstitucionalidad al dispositivo que no haya sido impugnado, aún que los fundamentos sean los mismos. No obstante, el tribunal no está adscrito a los argumentos invocados por el autor, pudiendo declarar la inconstitucionalidad por fundamentos diversos de los invocados en la petición inicial.

En cuanto a los límites del papel a ser desempeñado por el tribunal, el conocimiento convencional es en el sentido de que él sólo puede actuar como legislador negativo —paralizando la eficacia de una norma existente— mas no como legislador positivo, innovando en el ordenamiento jurídico por la creación de norma anterior inexistente. Por esta razón (Barroso) informa que el Supremo Tribunal Federal no admite declarar la inconstitucionalidad de partes de la norma legal, cuando de eso pueda resultar la subversión de la reglamentación que el legislador pretendía dar al asunto.

Se busca, en el control concentrado, atacar leyes y actos normativos que se muestren incompatibles con el sistema constitucional. Leyes de toda especie, tomando el término en su sentido amplio (Enmiendas a la Constitución⁶⁹, leyes complementarias, ordinarias, delegadas, decretos de urgencia, decretos legislativos, resoluciones). Actos normativos, deliberaciones administrativas, deliberaciones del Poder Judicial, resoluciones del Poder Público, etc.⁷⁰.

⁶⁸ *Ob. cit.*, pp. 114 y siguientes.

⁶⁹ El ejemplo más elocuente del control de constitucionalidad de Enmienda Constitucional ocurrió por ocasión de la institución del tributo denominado IPMF, cuya vigencia sería inmediata. El STF entendió que la Enmienda Constitucional número 3/93 era inconstitucional, por violación de normas o cláusulas de la Constitución, como el principio de la anterioridad, que es garantía individual del contribuyente, el principio de la inmunidad tributaria recíproca que es garantía de la federación.

⁷⁰ Los Derechos o Reglamentos del Ejecutivo excepcionalmente Pueden ser cuestionados en el ámbito del control concentrado cuando no reglamentan la ley (decreto autónomo). En ese caso, existirá la posibilidad de análisis de compatibilidad directamente con la

Con relación al tratado internacional, la regla brasileña en materia de integración de tratados al derecho interno —esculpida fundamentalmente en la jurisprudencia del STF— venía consagrando, hasta el advenimiento de la Enmienda Constitucional número 45, y a pesar de los cuestionamientos de la doctrina, el entendimiento de que, a la excepción de los denominados acuerdos ejecutivos, el tratado, que debe ser necesariamente aprobado por el Congreso Nacional, por vía de edición de decreto legislativo, produce efectos internamente a partir de la vigencia señalada en el decreto de promulgación de la autoría del Presidente de la República y que una vez en vigor en el territorio nacional, se incorpora automáticamente al derecho brasileño, equiparándose, en el plano de la jerarquía de las normas jurídicas, a la ley interna, tomada en su sentido estricto, sin la necesidad de edición edición de nueva ley interna destinada a reproducirle el contenido, y no verificando ninguna distinción jerárquica entre diferentes tipos de tratado⁷¹.

Siendo así, los tratados y convenciones internacionales son incorporados al ordenamiento jurídico interno con el *status* de ley ordinaria. Consecuentemente, se sujetan al principio de supremacía de la Constitución y a la eventual declaración de inconstitucionalidad, que recaerá, en verdad sobre los decretos de aprobación y promulgación. El tratado y la convención, en sí mismo, por ser actos de naturaleza internacional, no dejan de vigorar ni son considerados nulos.

Esa realidad, en parte llegó a ser modificada con la Enmienda Constitucional número 45, que alteró el párrafo 3º, del artículo 5º de la Constitución brasileña⁷². Se establece la clara posibilidad de que tratados en materia de derechos humanos tengan equivalencia con enmienda constitucional, pudiendo en adelante acarrear, el agregado de nuevas normas al sistema de la Constitución, o aún la derogación de normas que en el futuro.

En esas hipótesis hay un contencioso constitucional que no era, de regla, posible en el régimen anterior en esta extensión y grado. Los tratados y convenciones internacionales sobre los derechos humanos equivalen a las enmiendas constitucionales y pueden por lo tanto ser objeto de control de constitucionalidad.

Constitución Federal. Mas vía de norma, como los Derechos no son de autonomía jurídica no confrontan directamente la Constitución. La cuestión girará en el plano de la legalidad.

⁷¹ De acuerdo con PEDRO DALLARI, *Tratados Internacionais na EC 45*, p. 88, Editora Método.

⁷² Art. 5º, Párrafo 3º: «Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que fueren aprobados, en cada Casa del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales».

B) Inconstitucionalidad por omisión legislativa

Ocurre por la falta de medida para tornar efectiva la norma constitucional, prevista en el artículo 103, párrafo 2º, de la Constitución, siendo atacada por la acción directa de inconstitucionalidad (ADI) por omisión, también federal o estadual.

Trátase de acción recogida por la Constitución de 1988, inspirada claramente en la Constitución Portuguesa (art. 283). La idea fuerza que anima la inconstitucionalidad por omisión es la conocida ineficiencia del legislador infraconstitucional que por inercia también puede cometer inconstitucionalidad. Pretende el remedio corregir la grave deficiencia, por todos conocida de la falta de eficacia de las normas constitucionales. Pretendía acortar las distancias entre las normas constitucionales y sus destinatarios finales —el pueblo en última instancia—.

Lamentablemente, también como ya observamos con relación al mandato de injunción⁷³, el Supremo Tribunal Federal, muy sujeto a una visión ortodoxa y estanco del principio de separación de poderes siempre comprendió y aplicó mal esta acción, evacuándola en todas las sus reales potencialidades⁷⁴.

Resaltamos que la omisión referida por la Constitución es la omisión tradicional, también llamada de total, cuando ninguna providencia es adoptada. Además de ella, entiende también el Supremo Tribunal Federal que ocurre inconstitucionalidad por omisión cuando hubiere cumplimiento, insatisfactorio o imperfecto de las tareas designadas por el constituyente originario al legislador, encuadrándose ahí la existencia de norma imperfecta, o sea, la norma existe, fue creada, pero lo fue de modo incompatible, deficiente, inadecuado.

C) La acción declaratoria de constitucionalidad

La presente acción fue traída por la Enmienda Constitucional número 3, de 17 de marzo de 1993 y causó gran debate en la doctrina de la época en que fue incorporada a la Constitución de 1988⁷⁵.

⁷³ Para nosotros es el remedio, en el caso concreto, para cuidar de la omisión legislativa o administrativa.

⁷⁴ La procedencia de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, importando en reconocimiento judicial del estado de inercia del Poder Público, otorga al STF, únicamente, el poder de científicar al legislador moroso, para que este adopte las medidas necesarias a concretar el texto constitucional.

⁷⁵ Nosotros mismos, en su ocasión producimos un texto cuestionado a la constitucionalidad de la medida y su necesidad en el sistema constitucional brasileño. El tiempo

Según Luis Roberto Barroso, su creación se debió a la constatación de que, sin embargo de presunción de constitucionalidad que acompaña los actos normativos del Poder Público, esa cuestión tornose controvertida en una variedad de situaciones. Se previó así, un mecanismo por lo cual se postula al Supremo Tribunal Federal el reconocimiento expreso de la compatibilidad entre determinada norma infraconstitucional y la Constitución, en hipótesis en las cuales ese punto tenga se tornado objeto de interpretaciones judiciales conflictivas. Trátase de una ratificación de la presunción.

Recuerda Ricardo Lobo Torres⁷⁶ que la acción declaratoria de constitucionalidad, que no encuentra paralelo equivalente en el derecho comparado, tiene dirección inequívocamente tributario, como se puede concluir da observación de que hasta hoy el único caso a que se aplicou fue o da legitimidad de la cobranza da Cofins. Dice el jurista: «Esa preocupación con la cuestión tributaria surgió exactamente del caos vivido por la Justicia en los años inmediatamente posteriores a 1988, con la acumulación de acciones sobre la inconstitucionalidad de diversas contribuciones sociales, casi todas precedidas de depósito judicial para garantizar los mismos efectos económicos de la restitución, con incalculable perjuicio para la Hacienda Pública. Al revés de buscarse la solución en la vía de la deficiencia de la eficacia en el tiempo de la declaración de inconstitucionalidad, que inexistente en el derecho positivo brasileño⁷⁷, se prefirió la creación de lo esdrújulo instrumento. Es tan así que el Ministro Sepúlveda Pertence, en el juzgamiento que declaró la inconstitucionalidad de la contribución social de los autónomos observó: «Por otro lado, para situaciones como la de esta ley, cuya constitucionalidad fue objeto de discusión judicial desde el principio, la Enmienda Constitucional número 3 ya dotó al Ejecutivo de un mecanismo hábil de lo contrario el fisco sorprendido, mucho tiempo después, por una declaración de su validez o invalidez con eficacia *erga omnes*: y la acción declaratoria de constitucionalidad».

vino a demostrar, pasados 12 años de su institución, que fue muy poco accionado el mecanismo ante el Supremo Tribunal Federal. En la ocasión afirmábamos: «Se desgastó el principio de la separación de poderes y vía de consecuencia, la competencia del Legislativo. La nueva previsión desfigura la idea y función del Poder Legislativo, órgano naturalmente indicado a apreciar previamente a la constitucionalidad. En una palabra, tal como vaciada la acción declaratoria es autorizado el intérprete para obtener la siguiente lectura global de la acción: declarar la constitucionalidad, en el marco previsto en la acción, y, en último análisis, legislar. Se instaura una especie de «dependencia» entre Legislativo y Poder Judicial, pues el mismo hará la ley bajo condición; se aguarda la aprobación o filtro del poder judicial. Acaso la posibilidad no hiere el equilibrio de Poderes? *La acción declaratoria de constitucionalidad. Inovação Infeliz e Inconstitucional*, Saraiva, 1994.

⁷⁶ «A Declaração de Inconstitucionalidade e a Restituição de Tributos», *Revista Dialética de Direito Tributário*, volume 8, pp. 109 y siguientes.

⁷⁷ Se recuerda que cuando el autor escribió su artículo aún no había sido editada la Ley 9.868/99 que regula la materia de modo explícito en el control concentrado.

Seguimos vislumbrando en la acción declaratoria de constitucionalidad un instrumento peligroso y anacrónico. Además, para el bien de la verdad, con honrosas excepciones el problema naturalmente no está exclusivamente en la acción, y en sus señales cambiadas, o hasta en la tentación de dar efecto vinculado inmediato a todas las acciones en que los interesados del Tesoro estén en disputa o «amenazados», pero en el momento en que el es ofrecido, y por otro lado, quien lo ampara y juzga, el Supremo Tribunal Federal. Nuestro temor es de ser identificado en el Tribunal juzgador. Y aquí el riesgo es inherente a la paulatina opción y refuerzo del control concentrado de constitucionalidad.

Ya se dice con razón que la responsabilidad de un Tribunal Constitucional o de un Tribunal de cúpula del Poder Judicial que detenga las mismas competencias de un verdadero Tribunal Constitucional —en los moldes europeos— es inmensa. El error judicial o la interpretación infeliz de la Constitución tiene, evidentemente, un precio muy elevado⁷⁸.

No se sabe si por mera coincidencia o no, pero el hecho es que toda las raras veces en que fue activado el mecanismo de la acción declaratoria de constitucionalidad, que supone exactamente duda, divergencia de interpretaciones en todo el País acerca de una ley e innumerables procesos tratando del mismo tema, a excepción de la primera vez, todos los demás juzgamientos fueron, de algún modo y extensión, más favorables a las pretensiones del Poder Ejecutivo⁷⁹ y en detrimento de la ciudadanía.

⁷⁸ Por eso siempre nos pareció en principio, mucho más acertada la opción por el control y difuso con ajustes o la adopción corajosa de un Tribunal Constitucional, como un intérprete supremo de la Constitución, mas como órgano independiente de los demás órganos constitucionales y solamente subordinados a la Constitución y su ley orgánica como es el caso de España, Alemania y otros Países.

⁷⁹ El Ministro Moreira Alves, en ocasión del juzgamiento de la primera acción declaratoria de constitucionalidad señaló: «Llevándose en cuenta apenas los efectos de las acciones judiciales, los registros de la Procuración General de la Hacienda Nacional ya indican un volumen de 9000 acciones, cuestionando la inconstitucionalidad de la Ley Complementaria número 70/91, con decisiones diferentes, lo que hace evidenciar la controversia jurídica con respecto a la materia...». Y más adelante en su voto aceptado por la mayoría, agregó que una de las condiciones de esta acción debe ser: «...la necesidad de demostrar la existencia de controversia judicial seria sobre la norma o las normas cuya declaración de constitucionalidad es pretendida». Ya el Ministro Sepúlveda Pertence afirmó: «Como ya dejé claro, un postulado firmado por unanimidad en la Corte me tranquilizó respecto a algunas objeciones más serias hechas a la propia constitucionalidad de la creación de la acción declaratoria de constitucionalidad. Es la unanimidad firmada para que se admita esa demanda declaratoria que será necesario demostrar una situación de inseguridad objetiva sobre la validez de determinada ley, rebelada por la mora de múltiples procesos sobre la cuestión principal, si ha tenido soluciones divergentes. La acción declaratoria retira su legitimidad, no sólo constitucional, mas solo estrictamente jurídica, mas también política, como tentativa de solución de ese problema de las demandas múltiples, y solamente en la extensión en que la existencia de esta situación objetiva de inseguridad en torno de la validez de una ley es que creo que deba ser conocida la acción...».

Como muy bien alertó el jurista Lenio Luiz Streck⁸⁰ «aunque la ley 9.868/99 establezca la ambivalencia da ADC con la ADI, existen nítidas diferencias entre las acciones». Tal exigencia se impone, bajo pena de la acción declaratoria de constitucionalidad transformarse en una acción de control preventivo de constitucionalidad, mecanismo no previsto por el legislador constituyente de 1988, y que, en las Constituciones de España y de Portugal es reservado para situaciones especiales. Agréguese, por relevante, que, frente al carácter convocatorio que ADC asume, como se verá más adelante, la no exigencia de controversia anterior resultaría por descaracterizar el sistema de control de constitucionalidad brasileño.

Más que un problema atinente a un tipo de acción genérica de control de constitucionalidad, la materia dice respecto a la crisis del sistema híbrido del control de constitucionalidad de las leyes en Brasil.

El hibridismo de nuestra jurisdicción constitucional que dá un alto grado de complejidad, sofisticación y originalidad, en la medida en que autoriza a todo y cualquier magistrado ejercer, en un caso concreto, el juicio de censura a un largo conjunto de autoridades, partidos políticos y entidades de la sociedad civil, buscar, junto a un órgano especial, el control abstracto de la constitucionalidad de las leyes.

No obstante hay problemas derivados de esa conjugación, como bien alerta Oscar Vilhena Vieira⁸¹, «pues no contando el sistema jurídico brasileño, con el principio del *stare decisis*, existente en el mundo del *common law*, queda muy vulnerada la autoridad de los tribunales superiores, especialmente el del Supremo Tribunal Federal. Al declarar la constitucionalidad de una ley, en una acción directa de inconstitucionalidad, o en un recurso extraordinario, el Supremo Tribunal Federal no cuenta con la fidelidad de los demás órganos del poder Judicial, como ocurre, por ejemplo en los Estados Unidos. Lo que lleva al Supremo Tribunal Federal a una sobrecarga de demanda recursal. Agréguese a esto el hecho de que en el actual sistema las condiciones de admisibilidad de un recurso son objetivas. De esta forma, todos aquellos recursos que llenaron los requisitos legales deberán ser apreciados independientemente de su relevancia. Esas dificultades mecánicas, (en tanto), no deben esconder un problema estructural al cual se somete nuestro sistema de control de constitucionalidad, que es la cantidad despropositada de agresiones al texto constitucional. No habría sobrecarga de demandas de nuestra jurisdicción constitucional, si no hubiera exceso de producción de medidas inconstitucionales... Todos esos factores: arbitrio legislativo, falta de autoridad de

⁸⁰ La obra, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Editora Forense, 2ª edição, pp. 754 y siguientes.

⁸¹ La obra *Supremo Tribunal Federal*, Jurisprudência Política, Editora Malheiros, 2ª edição, 2002, p. 218.

los tribunales superiores y falta de selectividad por parte del Supremo Tribunal Federal a respecto de lo que será o no por él juzgado —libertad que no le es dada por la propia Constitución—, contribuyen sensiblemente para una situación de crisis de nuestra jurisdicción constitucional, lo que impide al Supremo de desempeñar de forma más adecuada sus atribuciones propiamente constitucionales... Y más adelante dice: «Las propuestas para la solución de esa crisis, lamentablemente, no parecen las más adecuadas, pues, en la mayor parte de las veces, buscan aumentar el grado de concentraciones de la jurisdicción constitucional en las manos del Supremo Tribunal Federal, estrangulando una de las más democráticas y vitales instituciones de nuestro derecho constitucional, que es el control difuso, ejercido por todos los órganos del poder judicial brasileño.

En un país que prima por la falta de respeto sistemática a la Constitución, suprimir instancias de control de poder no parece algo sensato, a no ser que el objetivo sea exactamente libertar las instancias gubernamentales del yugo de la Constitución»⁸².

Seguimos defendiendo nuestra visión, según la cual, la opción por un esfuerzo paulatino del método concentrado, en el Supremo Tribunal Federal vienen sendo realizados en detrimento, o mejor, de aniquilamiento de nuestra vasta experiencia histórica de controladores difusos de la Constitución.

Habría sido menos traumática la opción por la continuidad del control concentrado con efectos *erga omnes*, las decisiones del Supremo Tribunal Federal y, en el control difuso, la opción por la atribución de mera eficacia interpartes a los juzgamientos con apenas algunos ajustes. Aunque en el plano formal las cosas parezcan continuar de esa forma, la introducción del efecto vinculante, que ya está siendo interpretado como una opción que puede ser accesada —en algún momento— sea en el control difuso —sea en el concentrado— acaba por sofocar toda nuestra historia constitucional, exitosa y original en la temática⁸³.

⁸² Se resalta que la obra es anterior a la Reforma Judicial llevada a efecto por la Enmienda Constitucional número 45/2004, mas creemos que las críticas del autor —a pesar de la reforma— persisten.

⁸³ Hasta por que ya hay quién sustente que a partir de la edición de la Lei 9.868/99, más allá de la eficacia *erga omnes*, su artículo 28, como prevé el efecto vinculante en la acción declaratoria de constitucionalidad, estaría autorizado también el STF a extender tal efecto también a las acciones directas de inconstitucionalidad. En ese sentido, v.g. el posicionamiento del Ministro Sepúlveda Pertence, para quién la vinculación sería posible solamente en los casos en que, en tesis también fuese procedente la acción declaratoria de constitucionalidad (ADECON), debiendo el STF, así pronunciarse, bajo pena de decir más de lo que la Constitución estableció. Preferimos la doctrina que sustenta la tesis opuesta y más restrictiva. Solamente cabría tal efecto excepcional, en casos de acciones declaratorias de constitucionalidad y aún así, ante presuposiciones especiales previstos en ley, no fuese la ley en este particular aspecto inconstitucional. Entendemos, que la razón asiste a Lenio

Al contrario de la tradición europea que hizo una opción clara por Tribunales Constitucionales, en Brasil cualquier juez de derecho de primer grado de jurisdicción puede dejar de aplicar una ley, si la entiende inconstitucional. Las críticas que a lo largo del tiempo vienen siendo hechas al control difuso en Brasil, dicen respecto a su existencia desacompañada de cualquier mecanismo de extensión de los efectos de las decisiones. Toda y cualquier solución, nos parece, no puede (o no debería), prescindir de la experiencia del control difuso que es riquísima. Es a través de él que se permite llegar a un proceso de «filtración constitucional» (Streck).

Nuestra historia constitucional, en este aspecto particular, estaría más próxima del modelo portugués, donde el control difuso es mantenido hasta hoy, y que no corresponde a un monopolio de hecho a las decisiones de cúpula del Poder Judicial, atemperando todo lo posible ambos sistemas.

José Afonso da Silva⁸⁴ también nos ofrece una posición crítica con respecto a la materia. Afirma el renombrado profesor:

«Brasil siguió el sistema norteamericano, evolucionando para un sistema mixto y peculiar que combina el criterio del control difuso por vía de defensa con el criterio del control concentrado por vía de acción directa de inconstitucionalidad, incorporando también ahora tímidamente la acción de inconstitucionalidad por omisión. La otra novedad está en haber reducido la competencia del Supremo Tribunal Federal a la materia constitucional. Eso no lo convierte en Corte Constitucional. Primero porque no es el único órgano jurisdiccional

Luiz Streck, cuando a éste respecto se manifiesta: «... El Supremo Tribunal Federal no alcanzó unanimidad en la apreciación de la materia del doble efecto y del efecto vinculante. Votaron por inconstitucionalidad los Ministros Marco Aurelio, Moreira Ives y Ilmar Galvão, considerando que la previsión legislativa de efecto vinculante ofendía la separación de poderes. Con razón los Ministros que votaron vencidos. Si el efecto vinculante ya de por sí solo es problemático, debiendo ser admitido apenas para decisiones que declaran la inconstitucionalidad de un texto jurídico (porque dejan nula o inexistente aquella disposición legal), la conjugación del efecto vinculante con el efecto opuesto o doble en las acciones directas de inconstitucionalidad (ADI) y en las acciones declaratorias de constitucionalidad (ADC), el rechazo de una acción declaratoria de constitucionalidad se transforma en una acción directa de inconstitucionalidad y aún más grave...». Y más adelante... «Tan seria es la cuestión, que la comunidad jurídica brasileña debería, además de no aceptar el efecto vinculante de decisiones de rechazo en sede de ADI y el efecto vinculante a las decisiones con fundamentos en la interpretación de acuerdo, (re) discutir el problema de la constitucionalidad propia ADC (acción declaratoria de constitucionalidad)», en la obra *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Editora Forense, 2ª edición, pp. 768 y siguientes.

⁸⁴ En la obra *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 24ª edição, San Pablo, pp. 558 y siguientes.

competente para el ejercicio de la jurisdicción constitucional, ya que el sistema perdura fundado en el criterio difuso, que autoriza a cualquier juez a reconocer perjudicial de inconstitucionalidad, por vía de excepción. Segundo, porque la forma de reclutamiento de sus miembros denuncia que continuará a ser un Tribunal que examinará la cuestión constitucional con criterio puramente técnico jurídico, principalmente porque como Tribunal, que además será, de recurso extraordinario, el modo de llevar a su conocimiento y juzgamiento las cuestiones constitucionales en los casos concretos, su preocupación, como es norma en el sistema difuso, será dar primacía a la solución del caso y, si es posible, sin declarar inconstitucionalidades.

Es cierto que el art. 102 dice que a él compete, principalmente, la guarda de la Constitución. Pero no será fácil conciliar una función típica de guarda de valores constitucionales (pues, guardar la forma o apenas técnicamente es falsear la realidad constitucional) con su función de juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas decididas en única o última instancia (base del criterio del control difuso), cuando ocurra una de las cuestiones constitucionales enumeradas en las líneas del inc. III del art. 102, que lo mantiene como Tribunal de juzgamiento del caso concreto que siempre conduce a la preferencia por la decisión de la lid, y no por los valores de la Constitución, como nuestra historia comprueba. No será, nótese debidamente, por culpa del Digno Tribunal, si no veniera a realizarse plenamente como guardião de la Constitución, mas del sistema que esta propia mantiene, prácticamente sin alteración, salvo la constitucionalidad por omisión y la ampliación de la legitimación para la acción directa de inconstitucionalidad. Reducir la competencia del STF a la materia constitucional no constituye cambio alguno en el sistema del control de constitucionalidad en Brasil».

Y más adelante, acerca del efecto vinculante, dice:

«Esta previsto en el párrafo 2º, del art. 102 acrecentado por la Enmienda Constitucional núm. 45/2004, según la cual, “las decisiones definitivas de mérito, proferidas por el Supremo Tribunal Federal, en las acciones directas de inconstitucionalidades y en las acciones declatorias de constitucionalidad producirán eficacia contra todos y efecto vinculante, relativamente a los demás órganos del Poder Judicial y la administración pública directa, en las esferas federal, estadual y municipal”. Esa es una providencia aceptable y conveniente. De cierto modo, ella solamente explicita una situación que es inherente a la declaración de inconstitucionalidad abstracta, porque esta declaración, una vez publicada, ya tiene, por naturaleza, el efecto de retirarles eficacia de la ley o acto normativo por ella fulminado. La declaración de constitucionalidad ya era así.

Una providencia que la reforma tendría que haber adoptado, porque racional, sería declarar, en una disposición simple, que leyes y actos normativos perderían la eficacia a partir del día siguiente a la publicación de la decisión definitiva que los tenga declarado inconstitucionales. Eso tanto para la declaración de inconstitucionalidad en acción directa como en vía incidental, dando, de esa forma, efecto vinculante en acción *erga omnes* a esa declaración solamente por sí, suprimiéndose en consecuencia, lo dispuesto en el inciso X, del artículo 52 de la Constitución. Quizás acá las sùmulas vinculantes tengan alguna cosa que hacer, si veniren antes de la suspensión, por el Senado Federal, de la eficacia de la ley o acto normativo declarado inconstitucional por el STF, porque después de la suspensión, será llover sobre mojado, ya que esta tiene efecto, precisamente, de dar efecto general y vinculante a las declaraciones de inconstitucionalidades en vía incidental. Por todas esas razones, se percibe que ese “monstruo” no es tan feo como parece, porque va a realizar aquellos que ya derivan de propio juzgamiento de inconstitucionalidad».

Lo que ciertamente la doctrina no esperaba, es que el Supremo Tribunal Federal, por medio de medida liminar en cautelar disponga por lo tanto de naturaleza provisoria tomada en juicio de mera probabilidad, afrontando a la Constitución de la República, pudiese suspender, con efecto vinculante, decisiones tomadas por todos los jueces y Tribunales del País, en claro confronto al artículo 97 de la Constitución que establece:

Recuérdese, aún el párrafo 2º, del artículo 102 que también establece: «Las decisiones definitivas de mérito, proferidas por el Supremo Tribunal Federal, en las acciones... producirán efecto vinculante, relativamente a los demás órganos del Poder Judicial y a la administración pública...».

Es realmente cierto que el artículo 21 de la Ley 9868, establece que el Supremo Tribunal Federal, por decisión de la mayoría absoluta de sus miembros, podrá diferir pedido de medida cautelar en acción declaratoria de constitucionalidad, consistente en determinación de que los jueces y Tribunales suspendan el juzgamiento de los procesos que envuelvan la aplicación de la ley del acto normativo objeto de la acción hasta su juzgamiento definitivo.

Aún así, entendemos, aquí acompañando el jurista Lenio Luiz Streck, que la posibilidad de medida cautelar en acción declaratoria de constitucionalidad no encuentra guarda en el texto de la Constitución. Solamente decisión de merito podría vincular el sistema. Como dice Streck:

«Si el texto constitucional no previó la posibilidad de concesión de liminar, interpretación que exsurge fácilmente al contrario *sensu*, no podría el legislador ordinario ir más allá del texto».

Innumerables serían las observaciones aun acerca de esa polémica acción, pero creemos haber traído al lector extranjero los principales problemas, pudiendo inmediatamente pasar a otra acción.

6. LA ALEGACIÓN DE INCUMPLIMIENTO DE PRECEPTO FUNDAMENTAL

La Constitución de 1988 prevé, en su artículo 102, párrafo 1º, que la alegación de incumplimiento de precepto fundamental de ella devengada será apreciada por el Supremo Tribunal Federal, en la forma de la ley.

Parece tratarse de una acción autónoma, insita al modelo concentrado de constitucionalidad de las leyes, aunque en ella esté también prevista una vía secundaria del control, destinada a reparar lesión al «precepto fundamental» resultante del acto del poder público⁸⁵.

De hecho, advino la Lei n. 9.882, de 3 de diciembre de 1999, reglamentando la previsión constitucional. Examinado su texto, vamos verificar que tiene por objeto evitar o reparar lesión al precepto fundamental resultante del acto del Poder Público.

Aún prevé la Ley dos modalidades de alegación, a saber: a) la denominada alegación autónoma, que constituye proceso objetivo, debiendo ser utilizada cuando las acciones constitucionales no sean procedentes o se revelasen no idóneas para alejar o impedir la lesión a los preceptos fundamentales, sin cualquier otro proceso judicial anterior; b) la alegación incidental, paralela a un proceso judicial ya instaurado, y que surge en razón de ese mismo. Representa un mecanismo destinado a provocar la apreciación del Supremo Tribunal Federal sobre controversia constitucional relevante que esté siendo discutida en el ámbito de cualquier juicio o tribunal, cuando no exista otros medios idóneos para sanar la lesividad al precepto fundamental.

Afirma Gilmar Ferreira Mendes⁸⁶ sobre el nuevo y inexplorado instituto que: «introduce profundas alteraciones en el sistema brasileño de control de constitucionalidad. En primer lugar, porque permite la anticipación de decisiones sobre controversias constitucionales relevantes, evi-

⁸⁵ Para algunos esa extensión o equiparación legal, buscando un espacio en el modelo difuso no corresponde, porque la constitución no la autorizaría. Argumentan aún que el veto adjunto al inciso II, del artículo 2º de la ley que la reglamentó, indicaría esa interpretación por que los legitimados activos son los mismos del control concentrado.

⁸⁶ *A argüição de descumprimento de preceito fundamental, parâmetro de controle e objeto*, Atlas, 2001.

tando que ellas tengan un desenlace definitivo después de largos años, cuando muchas situaciones ya se consolidaron al escalofrío de la «interpretación auténtica» del Supremo Tribunal Federal. En segundo lugar, porque podrá ser utilizado para —de forma definitiva y con eficacia general— resolver controversia relevante sobre la legitimidad del derecho ordinario preconstitucional frente a la nueva Constitución que, hasta el momento, solamente podría ver transitada mediante la utilización del recurso extraordinario. En tercero, porque las decisiones proferidas por el Supremo Tribunal Federal en esos procesos, en vista a la eficacia erga omnes y el efecto vinculante, proveeran la directriz segura para el juicio sobre la legitimidad o la ilegitimidad de actos de tenor idéntico, editados por las diversas entidades municipales».

La ley que reglamenta la alegación de incumplimiento de precepto fundamental establece suposiciones generales para el conocimiento de esa acción. Preliminarmente ya afirma la Constitución que la alegación es procedente y tiene por objetivo, evitar o reparar lesión a precepto fundamental⁸⁷.

Surge la primer gran dificultad en prefijar ese concepto que no es extrañe sea de la Constitución (expresamente), sea de la legislación que reglamentó el instrumento.

Para algunos autores la expresión «preceptos fundamentales», no obstante puede estar categorizada como amplios conceptos, alcanzarían desde luego los llamados «principios fundamentales» expresos en el artículo 1º al 4º de la Constitución Federal. Es la posición de José Afonso da Silva, para quien la expresión «preceptos fundamentales» alcanzarían aquellos principios y otros: «todas las prescripciones que dan el sentido básico del régimen constitucional, como son, por ejemplo, las que apuntan para la autonomía de los Estados, del Distrito Federal y especialmente las designativas de derechos y garantías fundamentales»⁸⁸.

La verdad es que la alegación de incumplimiento de precepto fundamental (ADPF), aun no encontró su identidad en el sistema de control de la constitucionalidad de las leyes en Brasil.

El máximo que podemos, en ese momento, decir sobre ella, puede ser resumido en las siguientes ideas o conceptos asentados por el Supremo

⁸⁷ Hasta el presente momento el STF no definió lo que entiende por «precepto fundamental». En algunos casos, apenas afirmó lo que no puede ser comprendido con la expresión. Cualquier fijación del concepto sería precipitada. Para nosotros, aún sin mayores meditaciones sobre el tema, parece que el concepto trasciende los derechos fundamentales. Arriesgaríamos a decir que el concepto estaría conectado no sólo a la dignidad de la persona humana, como los derechos sociales, los derechos de la nacionalidad, los derechos políticos y los derechos del contribuyente, así como los principios estructurantes del Estado Democrático de Derecho, en los cuales incluyen las llamadas cláusulas pétreas o principios sensibles que, si violados, dan oportunidad a la intervención federal.

⁸⁸ *Curso...*, *ob. cit.*, p. 482.

Tribunal Federal, Tribunal a quién corresponda conferir el alcance de ese nuevo instituto de control:

«Es que la ADPF en vista a impugnar acto del Poder Público, con el objetivo de evitar o reparar lesiones a preceptos fundamentales previsto en la Constitución Federal. El manejo de esa acción, todavía, apenas se muestra posible, si no hubiera ningún otro medio eficaz de sanar la lesividad» (párrafo 1º del art. 4º de la ley núm. 9.888/99).

Ella ostenta una multifuncionalidad legal que me parece de dudosa constitucionalidad. Mientras tanto, como se encuentra pendiente de juzgamiento la ADI 2.231, propuesta específicamente, contra el facto de que hay decisiones plenarios a valorizar los designios de la misma Ley núm. 9.882/92, que tengo hecho Me he me rendido al principio constitucional de la presunción de validez de los actos legislativos, de modo a, en un primer instante, acatar el instituto de la ADPF así como positivamente determinado. Luego, la ADPF como mecanismo procesal apto a justificar tanto la apertura del proceso de control concentrado de constitucionalidades cuanto la instauración del proceso de control desconcentrado (comumente designado por «difuso» y en carácter «incidental»), ambos de índole jurisdiccional. Alcanzando en el mismo son, los actos del Poder Público editados ateriormente a la Constitución como los de edición a ella posterior. Más aún, sea los actos procedentes de la Unión y de los Estados, sea los originarios de los Municipios brasileños. Y con la fuerza ambivalente, en fin, de reparar o hasta prevenir lesiones al tipo de enunciado normativo constitucional la que ella, ADPF, se destina salvaguardar.

Así, teniendo en vista el carácter acentuadamente objetivo de la alegación de incumplimiento, el juicio de subsidiaridad hay de tener en vista, especialmente, los demás procesos objetivos ya consolidados en el sistema constitucional. En ese caso, es procedente la acción directa de inconstitucionalidad o de constitucionalidad, no será admisivel la alegación de incumplimiento. ADPF, Relator Ministro Carlos Ayres Britto, 14/09/2005.

No es nuestro objetivo en este trabajo disertar a propósito de las técnicas de declaraciones de inconstitucionalidad. Es suficiente señalar, para no dejar el punto sin cualquier referencia, que basicamente el Supremo Tribunal Federal puede: a) declarar a la inconstitucionalidad sin reducción de texto. Trátase de una modalidad de decisión que puede proferir el Tribunal, sin eliminación o alteración de la expresión literal de la ley. El texto continúa el mismo, pero el Tribunal limita o restringe la su aplicación, no permitiendo que ella incida en las situaciones determinadas, porque en esas hay inconstitucionalidad. En otras no. El ejemplo más elemental puede ser extraído de una ley que prevea la cobranza de un im-

puesto en el mismo ejercicio financiero y en los siguientes. La inconstitucionalidad de esa ley estaría en la violación al principio de anterioridad, apenas relativamente a la cobranza del tributo en el mismo ejercicio financiero en que ha sido publicada la ley que lo instituye, no cuanto a su cobranza en los ejercicios posteriores. b) interpretar de acuerdo a la constitución, o interpretación conforme: consiste en declarar el Tribunal cual de las posibles interpretaciones se revela compatible con la Constitución, siempre que determinada ley ofrezca diferentes posibilidades de interpretación, siendo algunas de ellas incompatibles con la propia Constitución. Ella solamente es procedente si no configurar violencia contra la expresión literal del texto y no alterar el significado del texto normativo, con cambio radical de la propia concepción original del legislador. Ella se aproxima de la declaración de inconstitucionalidad sin reducción de texto; c) por fin hay casos donde el Supremo Tribunal Federal en el juicio de constitucionalidad, es decir en sede de control, no afirma que la norma es inconstitucional o que es constitucional, pero la considera «aún constitucional» o en tránsito para la constitucionalidad, a veces señalando al legislador las disposiciones que debe adoptar para que determinada situación sea alterada bajo pena de un juzgamiento por la inconstitucionalidad en el futuro⁸⁹.

7. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA TRIBUTARIA: UNA VISIÓN GENERAL

Ya vimos como ocurre el control de la constitucionalidad en Brasil, al menos en grandes líneas. Así, el control de constitucionalidad de la norma tributaria, forzosamente, tendrá que adaptarse a las normas que presiden el funcionamiento del control de la constitucionalidad en general.

La restitución de cualquier tributo, reposa, en general, en tres suposiciones, cuales sean: a) que se trate de pago indebido; b) que no esté pendiente el derecho de pleitear la restitución; c) que el requeriente tenga legítimo interés económico-jurídico para pleitear la restitución.

En la práctica, consumado el lanzamiento, entendido éste como acto final del procedimiento administrativo de verificación de la ocurrencia del

⁸⁹ Fue lo que ocurrió en el Recurso Extraordinario núm. 147776-SP, donde el Relator Sepúlveda Pertence afirmó: «La alternativa radical de la jurisdicción constitucional ortodoxa entre la constitucionalidad plena y la declaración de inconstitucionalidad o revocación por inconstitucionalidad de la ley con fulminante eficacia *ex tunc* hace abstracción de la evidencia de que la implementación de un nuevo orden constitucional no es un hecho instantáneo, mas un proceso, en el cual la posibilidad de realización de la norma de la Constitución —aunque teóricamente no se cuide de precepto de eficacia limitada— se subordina muchas veces a alteraciones en la realidad fáctica que la posibiliten».

acto generador de la obligación pecuniaria para con el Poder Público, identificación del sujeto pasivo y cálculo del monto del débito o antes de ese, necesitando el contribuyente o el administrador, de un modo general (en el caso de deuda no tributaria) ver declarada la existencia o modo de ser de la relación jurídica de débito, hay oportunidad a la discusión judicial en torno de la deuda fiscal⁹⁰.

Las acciones más utilizadas, en tales hipótesis, son la delcaratoria, la anulatoria de débito fiscal, la acción de consignación en pagos y el amparo. Es evidente que otras son posibles, como ya aludimos en tópicos arriba mencionados.

No vamos examinar esas acciones, mas intentar conectar con cuanto se afirmó acerca del control de la constitucionalidad.

Como ya es posible concluir, no puede el contribuyente aisladamente proponer acción directa de inconstitucionalidad. Esto porque estaríamos en el método concentrado y abstracto de control de la constitucionalidad de las leyes y no es contribuyente individualmente considerado, legitimado a proponer aludida acción⁹¹.

Es claro que al contribuyente individual son abiertas innumerables posibilidades como ya vimos anteriormente, en el control difuso de constitucionalidad de las leyes. La cuestión más intrincada trata a respecto de la conexión de ese último con el control concentrado. Es decir cómo ese último puede afectar el primero.

Por lo tanto, es evidente que, si alguna de aquellas legitimadas del control concentrado cuestionara alguna ley tributaria habría seguramente efectos sobre los contribuyentes individualmente considerados, o podrá haber. Eso porque en cuanto la acción directa no constituya una acción puesta a disposición del individuo, la eficacia *erga omnes* de la decisión o hasta su eventual efecto vinculante podrá alcanzar la situación jurídica individual del contribuyente «x» o «y» que no participó de aquella relación.

En general, es posible que la decisión del Supremo Tribunal Federal pueda retirar de la norma tributaria: a) solamente su validez; b) su validez y su vigencia futura; c) o solamente su vigencia futura.

Así, habrá una variedad de situaciones posibles⁹².

⁹⁰ Para mayores datos ver, por todos, ESTEVÃO HORVATH, *Lançamento Tributário y Autolancamento*, Editora Dialética, San Pablo, 1997.

⁹¹ Mas sin aquellos listados en el artículo 103 de la Constitución Federal. Ver los comentarios que hicimos anteriormente sobre este tema.

⁹² Recuérdese los tres planes posibles de análisis del tema: a) la existencia; b) la validez y c) la eficacia de los actos jurídicos y de las leyes. La ausencia, deficiencia o insuficiencia de los elementos que constituyen presuposiciones materiales de incidencia de la norma impiden el ingreso del acto en el mundo jurídico. Será, por vía de consecuencia, un acto inexistente del cual el Derecho sólo se ocupará para repelirlo adecuadamente, si fuese ne-

De ese modo —aún estamos en el control concentrado—, concedida medida liminar, suspendiendo la eficacia de dispositivos legales considerados de inconstitucionales, los efectos *ex nunc* de la medida tornan inviable, a partir de sus concesiones, el lanzamiento de crédito con base en norma *sub judice*, relativamente a los hechos generadores ocurridos a partir de entonces. Ya la ejecución fiscal de los créditos, cuyos hechos generadores sean anteriores a la suspensión liminar de la eficacia de la norma atacada, no restará obstaculizada.

Evidentemente, juzgada procedente la acción directa de inconstitucionalidad de norma tributaria, su consecuencia natural será, no solamente obstaculizar la constitución de nuevos créditos fundada en la misma norma declarada inconstitucional, como alcanzará los lanzamientos ya consumados, bien como el propio título ejecutivo eventualmente ya formado, impidiendo la propuesta o el seguimiento de la correspondiente ejecución.

El juzgamiento de la acción directa de inconstitucionalidad o de la acción declaratoria de constitucionalidad puede ser por la constitucionalidad o por la inconstitucionalidad de la exacción tributaria, del tributo, o de la regla matriz de incidencia tributaria, para usar el lenguaje más técnico.

Caso la decisión sea por la constitucionalidad, considerando los créditos tributarios ya constituidos, no hay mayores dificultades, pues no hay obstáculos a la proposición y regular inicio de la ejecución fiscal.

Cuando se tratare de decisión de inconstitucionalidad, y considerando inseridos en el sistema créditos tributarios, la cuestión se resuelve por el examen de las posibilidades y alcance de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

cesario. Sería inexistente, por ejemplo, una «ley» que no hubiese resultado de la aprobación de la casa legislativa, por ausencia de la manifestación de voluntad apta para hacerla ingresar en el mundo jurídico. Existiendo el acto, por la presencia de sus elementos constitutivos, él se sujeta a un segundo momento de apreciación, que es la verificación de su validez. Aquí se cuida constatar si los elementos del acto, llenan los atributos, los requisitos que la ley les apoyó para que sean recibidos como los actos dotados de perfección. No basta, por ejemplo, para la práctica de un acto administrativo, que exista el elemento agente público. De tal agente se exige algo más, un atributo: que sea competente. Por igual, exteriorizado el acto, estará presente la forma. Mas ésta deberá someterse a la prescripción legal: verbal o escrita, pública o privada, de acuerdo al caso. Y aún no es suficiente que el acto tenga un determinado objeto, pues este tiene que ser lícito y posible. La eficacia de los actos jurídicos consiste en su aptitud para la producción de efectos, para la irradiación de las consecuencias que le son propias. Eficaz es el acto idóneo para alcanzar la finalidad para la cual fue generado. Tratándose de una norma, la eficacia jurídica designa la calidad de producir, en mayor o menos medida, su efecto típico, que es el de regular las situaciones en ella indicadas. Eficacia habla al respecto, así, a la aplicabilidad, exigibilidad o ejecutividad de la norma. Según BARROSO, *ob. cit.*, p. 14.

Quién trató, y muy bien del tema, fue Robson Maia Lins⁹³. Intentaremos resumir el pensamiento del autor en lo que nos presenta de más relevante para nuestro foco.

Cuando el Supremo Tribunal Federal decide con efecto vinculante y con eficacia *erga omnes*, decidiendo el mérito de la acción, en el control concentrado y abstracto de constitucionalidad de las leyes, no ocurre problema mayor, pues la decisión retira la vigencia futura (o vigencia) y, en algunas hipótesis la validez de la norma, haciendo con que todos los órganos del Poder (Ejecutivo y Judicial), deban pleno acatamiento a la decisión.

En suma, todo es de ser desecho, desde que no opere la extinción o la prescripción.

Caso que el Supremo decida que la norma es constitucional, ningún órgano del Ejecutivo o del Judicial puede dejar de aplicar la norma tributaria bajo el fundamento de su inconstitucionalidad.

Por otro lado, cuando es declarada inconstitucional, dos posibilidades son factibles: a) que sean mantenidos todos (o algunos) efectos del tributo puestos o a ser puestos en el sistema cuyos eventos tengan ocurrido hasta su «transito en juzgamiento o de otro momento que sea fijado; o b) que todos los efectos generados por el tributo declarado inconstitucional sean retirados del sistema jurídico positivo.

En la primera hipótesis, el STF, al declarar la inconstitucionalidad, retiró la vigencia futura (o vigencia) del tributo; en la segunda, retiró también su validez.

Por otro lado, cuando el STF permite que algunos o todos los efectos derivados del tributo permanezcan en vigencia jurídica, entonces tenemos que redimensionar el alcance del efecto vinculante de la decisión, ya que algunos (o todos) los actos normativos permanezcan en el sistema jurídico, aún ante una declaración de inconstitucionalidad con o sin pronunciamiento de nulidad.

En general, si el STF nada dice con respecto a los efectos, o mejor, no disciplina los efectos expresamente, la regla es que durante la vigencia de la norma inconstitucional, en principio deben ser mantenidos en el sistema jurídico. Es la fuerza de la teoría de la naturalidad absoluta que incide en la hipótesis con fuerza máxima.

Por lo tanto, cuando hubiera, *ex vi legis*, «excepcional interés social» o «razones de seguridad jurídica», el Supremo Tribunal Federal podrá calibrar esos efectos fijándolos en cada caso concreto.

⁹³ *Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária*, Quartier Latin, San Pablo, 2005, pp. 177 y siguientes.

Recuerda, el mismo autor, que hay otros límites impuestos por la Constitución Federal que también son invocables a tales hipótesis, como el acto jurídico perfecto, el derecho adquirido y la cosa juzgada⁹⁴.

Muchas otras consideraciones podrían ser hechas, pero no es nuestra propuesta verificar analíticamente todas ellas, lo que demandaría un nuevo trabajo.

Para finalizar, encontramos interesante confrontar dos tópicos, íntimamente ligados a la temática de la inconstitucionalidad de la norma jurídica, no que atañe a la cuestión tributaria.

⁹⁴ En el Derecho Constitucional Brasileño, la relación entre Constitución y derecho adquirido, conduce a las siguientes conclusiones: «1. la Constitución es la fuente y protectora del derecho adquirido; 2. sólo es recusable el derecho adquirido incompatible con el precepto de la Constitución; 3. el constituyente originario no ha ejercitado, con frecuencia, la competencia para negar y rehacer el derecho adquirido; 4. la competencia desconstitutiva del derecho adquirido por el constituyente de revisión, si aquél resultó de decisión de constituyente originario o de su compatibilidad con la Constitución, es pasible de alegación de inconstitucionalidad, por violación de decisión fundamental del constituyente originario; 5. el principio constitucional que protege el derecho adquirido contra ley perjudicial es irreformable, por tratarse de derecho y garantía individual, no pudiendo su abolición constituir objeto de propuesta de enmienda a la Constitución; 6. la protección constitucional al derecho adquirido, que despuntó de forma expresa, en la Constitución Federal de 1934, corresponde al valor incorporado a la estructura del régimen político y del Estado Democrático Brasileño; 7. los cambios constitucionales operados por las sucesivas constituciones brasileñas, aún en el período de ruptura con el régimen antiguo, como en la caída del Imperio, en 1889, y en la interrupción de la legalidad de la Primera República, en 1930, se distanció de los cambios radicales comandados por revoluciones portadoras de nueva ideología y de nuevo ordenamiento social, político y económico; 8. la evolución constitucional brasileña, al revés de oponer Constitución y derecho adquirido como valores antitéticos, viene promoviendo el acomodamiento y convivencia entre Constitución y derecho adquirido, que perdura hasta nuestros días». De acuerdo a RAUL MACHADO HORTA, *Estudos de Direito Constitucional*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 1995, p. 283. El derecho adquirido es, en breve síntesis lo que ya se incorporó definitivamente al patrimonio y a la personalidad de su titular, de modo que ni ley ni hecho posterior pueda alterar tal situación jurídica, pues hay derecho concreto, o sea, derecho subjetivo y no derecho potencial o abstracto. Acto jurídico perfecto es el ya consumado, según la norma vigente, al tiempo en que se afectó, produciendo efectos jurídicos, desde que el derecho generado fue ejercido. Es lo que ya se volvió apto para producir sus efectos. La seguridad del acto jurídico perfecto es un modo de garantizar el derecho adquirido por la protección que se concede a su elemento generador, pues si la nueva norma se considera inexistente, o inadecuada, acto ya consumado bajo el seguro de la norma precedente, el derecho adquirido de él derivado desaparecería por falta de fundamento. Y, por fin la cosa juzgada, o caso juzgado, es una calidad de los efectos del juzgamiento. Es fenómeno procesual consistente en la inmutabilidad e indiscutibilidad de la sentencia puesta al abrigo de los recursos, entonces definitivamente preclusos, y de los efectos por ella producidos porque los consolida. La *res judicata* es un principio jurídico-positivo constitucional. Todo de acuerdo con MARIA HELENA DINIZ, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, Ed. Saraiva, San Pablo, 1994, p. 187.

El primer de ellos trata a respecto de la regla del *solve et repete* y la legalidad tributaria.

Como es de amplio conocimiento, el contribuyente solo puede refutar la legitimidad de un tributo después de haberlo pago. Esa idea, como bien resalta Roque Antônio Carraza⁹⁵, es medieval, y solamente se justificaba cuando se entendía que el Fisco, en la relación tributaria, ocupaba una posición de preeminencia frente al contribuyente.

Hoy, dice el maestro por lo contrario es pacífico inclusive en Brasil, que la relación jurídica tributaria, Fisco y contribuyente están en pie de igualdad, por la idéntica subordinación de ambos a ley. Sí no fuera por esa razón, aduce Carraza, la regla *solve et repete* hiere el principio de la universalidad de la jurisdicción, por muchas veces, inviolabilizar o dificultar el libre acceso al Poder Judicial (art. 5º. XXV, de la CF).

Y el Poder Público en Brasil, es reo contumaz, reconózcase en crear norma jurídica tributaria buscando resucitar la regla del *solve et repete*. No faltan leyes o medidas provisionales que buscan, olvidándose de la Constitución aplicar la norma.

Aún parece oportuno recordar que la tributación debe, en el ángulo constitucional ser vista a partir de la perspectiva de los contribuyentes. Es el mismo profesor quién advierte: «a pesar de no prevalecer el principio *in dubio pro fisco*, el hecho es que la Hacienda Pública, hasta hoy con disculpa de que precisa obtener recursos y evitar fraudes, no se impide de atropellar derechos de los contribuyentes.

Por eso, ve Carraza un «derecho de resistencia a la tributación indebida» que defluiría del párrafo 2º del artículo 5º⁹⁶, de la Constitución a proporcionar a los contribuyentes el derecho de no pagar tributos creados o dispuesto en desacuerdo con los dictámenes constitucionales.

Por fin y por último, nos permitimos registrar que si es verdad que el poder tributario siempre tubo en todo el tiempo y lugar un apetito feroz, no es despreciable el arsenal constitucional erigido a lo largo de este último siglo en defensa del contribuyente.

El debido proceso legal, en su sentido procesal y sustancial, con toda su densidad histórica es principio constitucional (art. 5º, inciso LV); lo contradictorio y la amplia defensa, también se presenta con el mismo status. En suma, para concretar el Estado Democrático de Derecho, deben estar presentes y eficaces, como mínimo los siguientes principios: el principio de constitucionalidad, el principio democrático, el principio de la justicia social, el sistema de derechos fundamentales, el principio de

⁹⁵ *Curso...*, *ob. cit.*, p. 231.

⁹⁶ Art. 5º, párrafo 2º de la CF: «Los derechos y garantías expresos en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil sea parte».

la igualdad, el principio de la división de poderes, el principio de la legalidad, el principio de la seguridad jurídica.

Ya dimos el primer paso incorporándolos a nuestra Constitución, y en nuestro cotidiano procuramos no solamente respetarlos, si no efectivizarlos con toda nuestra fuerza y creatividad.