

Comentário sobre Mandado de Injunção. Estudos sobre sua Regulamentação

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid y Diplomado en Sociología Política y en Administración de Empresas. Catedrático de Derecho Constitucional durante trece años en la Universidad de Santiago de Compostela y, desde abril de 2000, en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

GILMAR FERREIRA MENDES, ANDRÉ RUFINO DO VALE y FÁBIO LIMA QUINTAS (Organizadores): *Mandado de injunção. Estudos sobre sua regulamentação*, Editora Saraiva/Instituto Brasiliense de Direito Público, São Paulo, 2013, 575 pp.

I – El art. 5º de la Constitución brasileña de 1988 creó en su apartado XXI un novedoso instituto procesal de garantía de los derechos, el *mandado de injunção*, encaminado a impedir que un derecho constitucional pueda quedar sin eficacia de resultas de no haber sido objeto del constitucionalmente obligado desarrollo normativo por el legislador, aunque no sólo por él. A tenor del mencionado precepto: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Etimológicamente, la palabra *injunção* procede del latín *injunctio-onis*, que significa “orden formal” o “imposición”, que a su vez deriva del verbo *injungere* (mandar, imponer una obligación). En la Asamblea Constituyente brasileña, fue el senador Virgílio Távora quien propuso la expresión, que más parece derivar de la expresión inglesa *writ of injunction* que de la voz latina, aunque no se puede dejar de destacar la paradoja de que el *writ of injunction* significa justamente lo contrario de lo que se quiere identificar con el instituto brasileño, pues si el primero entraña una orden prohibitiva, el último se aproxima mucho más al significado del *writ of mandamus*, a cuyo través se trata de compeler a alguien para que ejecute un deber impuesto por la ley. En definitiva, como ha aducido la mejor doctrina¹, todo hace

1 Celso AGRICOLA BARBI: “Protecção Processual dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988”, en *As Garantias do Cidadão na Justiça*, Coordenação do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Editorial Saraiva, São Paulo, 1993, pp. 93 y ss.; en concreto, p. 105.

creer, que la Constitución se inspiró en el Derecho anglo-americano, en el término *injunction*², no obstante la divergencia de significado del mismo.

El instituto procesal constitucional del *mandado de injunção*, a nuestro modo de ver, es una prueba palmaria de la evolución del constitucionalismo y de la propia justicia constitucional. Síntoma paradigmático de tal evolución es el dinamismo de los mecanismos de garantía de los derechos, y el instituto que nos ocupa bien podríamos considerarlo de última generación, pues responde a la constatación, bien verificada históricamente en Brasil, de que no sólo una actuación de un poder público puede conculcar un derecho constitucional, sino que también de su inacción se puede derivar una constricción o incluso radical negación del mismo, y frente a ello, en ocasiones, de poco vale que se recurra a la aplicación directa de la norma que reconoce el derecho en cuestión. En ciertos derechos, la aplicación judicial inmediata por los jueces de la norma constitucional puede viabilizar el derecho carente de la necesaria regulación legislativa, pero en otros derechos (particularmente en los de naturaleza socio-económica), ello no siempre es posible.

Ha pasado prácticamente un cuarto de siglo desde que se aprobara la, por muchas razones, muy relevante Constitución brasileña de 1988, no obstante lo cual la necesaria ley reguladora de este instituto procesal aún brilla por su ausencia. La paradoja es zahiriente: unos constituyentes tan preocupados por controlar todo tipo de omisiones legislativas vulneradoras de la Constitución no lograron sensibilizar a un legislador perezoso y escéptico ante los grandes mandatos constitucionales, e insensible y despreocupado ante el sentir expresado mayoritariamente en sede constituyente. La contradicción se acentúa aún más si se advierte el control institucional desde hace ya muchos años que la izquierda tiene de los órganos de poder. Pero en esto, no parece diferir mucho esta izquierda de la tradicional derecha brasileña.

Esta inacción del legislativo brasileño, afortunadamente, no se ha traducido en la absoluta inutilidad del instituto que nos ocupa, lo que se ha debido a la inquietud y buen hacer del Supremo Tribunal Federal. Se ha dicho, que la primera gran batalla de los operadores jurídicos brasileños en el campo del Derecho constitucional fue la de “produzir a defesa intransigente da plena eficácia da Constituição, evidentemente defendendo, inclusive,

2 También Afonso da Silva cree, que la fuente más próxima del *mandado de injunção* es el *writ of injunction* del Derecho norteamericano, que progresivamente se ha ido aplicando cada vez más a la protección de los derechos de la persona, hallándose en la base del célebre caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954). José AFONSO DA SILVA: *Comentário contextual à Constituição*, 4. ed. (de acordo com a Emenda Constitucional nº 53, de 19.12.2006), Malheiros Editores, São Paulo, 2007, p. 165.

a eficácia nos limites das possibilidades das disposições contidas na Constituição”³. Ello significaba una interpretación con una visión prospectiva y no retrospectiva, o dicho con otras palabras, una interpretación con una mentalidad post-1988 y no con una mente propia de los años previos a 1988, en la que la apatía y desgana de los legisladores brasileños iba a terminar vaciando las Constituciones de sus preceptos más avanzados en temas de derechos por el mero recurso a *il dolce far niente*. Ante este peligro, nada extraño en Brasil, hubo autores como Bonavides, que consideraron como cuestión crucial la autoaplicabilidad de la norma constitucional relativa al *mandado de injunção*⁴, lo que, no obstante su evidencia, no dejó de suscitar controversia doctrinal, asentada en posicionamientos políticos antes que en un debate jurídico, pues el parágrafo primero del art. 5º de la Constitución (en el que se ubica el apartado LXXI) prescribe con claridad meridiana: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, previsión nada novedosa, pues no hacía sino situarse en la dirección normativa común del constitucionalismo de nuestro tiempo, de otorgar eficacia inmediata a los derechos constitucionales. A mayor abundamiento, podía traerse a colación el apartado XXXV del mismo art. 5º, a cuyo tenor: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Como escribiera Afonso da Silva⁵, la aplicación inmediata del instituto del *mandado de injunção* está íntimamente ligada a la idea de que las normas jurídicas escritas no pueden preverlo todo y a la de que, incluso en ausencia de norma expresa, no puede dejar el poder judicial de apreciar la lesión o amenaza de un derecho. No obstante lo evidente de la cuestión no faltarían autores que se mostrarían contrarios a esa autoaplicabilidad⁶. En cualquier caso, estamos plenamente de acuerdo con Rothenburg cuando esgrime⁷, que una de más ridículas discusiones que se pretendió activar respecto del instituto que nos ocupa fue la atinente a la autoaplicabilidad del art. 5º, LXXI de la Constitución, que el propio autor tilda de verdadero despropósito, e incluso, dependiendo de quien la

3 Clémerson MÉRILIN CLÉVE: “O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais”, en José Adércio Leite Sampaio (Coordenador), *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, Del Rey Editora, Belo Horizonte, 2003, pp. 385 y ss.; en concreto, p. 390.

4 Paulo BONAVIDES y PAES DE ANDRADE: *História Constitucional do Brasil*, 3. ed., Editora Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1991, p. 501.

5 José AFONSO DA SILVA: *Comentário Contextual à Constituição*, op. cit., p. 165.

6 Tal sería el caso de Mártires Coelho, a cuyo juicio, el problema a dilucidar se hallaba localizado, esencialmente, en la determinación de la naturaleza de la decisión judicial que se ha de proferir en el juicio a que da lugar la presentación del *mandado de injunção*, y al margen ya de tal problema, este autor creía que faltaba prácticamente todo para que se pudiera convertir en aplicable el precepto que instituía el *mandado de injunção*. Inocêncio MÁRTIRES COELHO: “Sobre a aplicabilidade da norma constitucional que instituiu o mandado de injunção”, en Paulo Lopo Saraiva (Coordenador), *Antologia luso-brasileira de Direito Constitucional*, Livraria e Editora Brasília Jurídica, Brasília, 1992, pp. 138 y ss.; en concreto, p. 153.

7 Walter Claudius ROTHENBURG: “O Mandado de Injunção Finalmente terá sua Lei”, en la obra que comentamos, pp. 119 y ss.; en concreto, p. 123.

sustentase, de una tesis mal intencionada, en cuanto destinada a mantener el *mandado de injunção* desactivado durante el mayor tiempo posible.

El Supremo Tribunal Federal (STF) iba a suplir la quiescencia del legislador al pronunciarse por primera vez sobre el instituto en cuestión en el *Mandado de Injunção (MI)* nº 107-3/DF, resuelto definitivamente a través de una decisión de 21 de noviembre de 1990, pero en el que, a modo de cuestión incidental (como una “questão de ordem”), el Tribunal hubo de abordar y resolver, el 23 de noviembre de 1989, el problema que ahora nos ocupa. Al abordar la cuestión de la aplicabilidad inmediata de este instituto procesal-constitucional de garantía de los derechos, el Tribunal partió del principio de que la solución que propugnaba la necesaria elaboración de una norma general debía desecharse, por cuanto el *mandado de injunção*, cuya competencia le encomendaba el art. 102.I, q) de la Constitución era autoejecutable, en cuanto que su utilización no dependía de norma jurídica que lo regulara, ni tan siquiera en cuanto al procedimiento a seguir, que, por analogía, no era otro sino el procedimiento del *mandado de segurança*, otro instrumento constitucional de garantía de los derechos, en lo que le fuere aplicable (“Questão de Ordem no Mandado de Injunção nº 107-3/DF, relator Min. Moreira Alves, decidida el 23 de noviembre de 1989).

Con posterioridad a la citada resolución de 1989, la Ley nº 8.038, de 28 de mayo de 1990, que estableció las normas procedimentales para los procesos que la propia ley especificaba, todos ellos ante el *Superior Tribunal de Justiça* y ante el Supremo Tribunal Federal, vino a consolidar positivamente la solución adoptada en sede jurisprudencial, al disponer en el parágrafo único de su art. 24, que “no mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”.

II – Esta amplia introducción, con la que hemos querido mostrar una perspectiva amplia del instituto del *mandado de injunção* que ayude al mejor entendimiento de las cuestiones tratadas en el libro y de las que nos vamos a hacer eco, viene a cuento de la obra que vamos a comentar, *Mandado de Injunção. Estudos sobre sua regulamentação*, que este mismo año han editado de modo conjunto el “Instituto Brasiliense de Direito Público” de Brasília D. F. y la “Editora Saraiva” de São Paulo. El libro ha sido coordinado por el Profesor Gilmar Ferreira Mendes, Ministro del Supremo Tribunal Federal, órgano del que fue durante años atrás su presidente, y Profesor de “Direito Constitucional” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasília, quien, a juicio de quien esto suscribe, es el más

relevante conocedor de la justicia constitucional en el Brasil. Se unen a él en la coordinación el Profesor de la prestigiosísima Universidade de São Paulo (USP) Fábio Lima Quintas y el Procurador Federal André Rufino do Vale, actualmente en funciones del asesor del Supremo Tribunal Federal.

El libro es el fruto de un simposio organizado por el prestigiosísimo “Instituto Brasiliense de Direito Público” en torno al debate sobre la reglamentación del *mandado de injunção*, lo que a su vez se explica por la discusión en sede del Congreso del Proyecto de Ley nº 6.128, de 2009, presentado por el Sr. Flávio Dino, sobre “Disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo e dá outras providências”. Vaya por delante que, no obstante haber sido depositado el citado proyecto en la Cámara hace ya cuatro años, al día de hoy (mayo 2013), aún no se ha convertido en ley, lo que muestra el poco nervio, la apatía incluso, de los congresistas brasileños llegado el momento de desarrollar las previsiones constitucionales.

El libro se vertebra en siete partes, en las que, sucesivamente, se van abordando: el tratamiento constitucional del instituto en la Constitución de 1988, su historia y perspectivas (parte I); la reglamentación del *mandado de injunção*, atendiendo preferentemente, como es obvio, al Proyecto de Ley nº 6.128/2009 (parte II); el *mandado de injunção* y el principio de separación de poderes (parte III); el *mandado de injunção* y la omisión inconstitucional (parte IV); la naturaleza y efectos de las decisiones dictadas al hilo de este instituto procesal constitucional (parte V), y, en fin, los aspectos procesales del *mandado de injunção* (parte VI). La parte VII y última recoge los textos de diversos Proyectos de ley, entre ellos, innecesario es decirlo, el que ha desencadenado el simposio, pero también otro que se consideró muy importante, aunque al final tropezara con la inoperancia del Congreso: el Proyecto de Ley nº 6.002, de 1990.

Al margen ya de la Presentación, suscrita por los tres coordinadores, el libro recoge 21 ponencias, presentadas por 23 relevantes autores, entre ellos una del propio Ministro Gilmar Mendes, y otras suscritas, entre otros varios, por el también Ministro del STF Teori Albino Zavascki, por el Profesor André Ramos Tavares, por la Profesora Flávia Piovesan, ambos de la prestigiosa Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, por el Profesor José Levi Mello do Amaral Júnior, de la “Faculdade de Direito da USP de São Paulo”, por el Dr. Walter Claudius Rothenburg, Procurador Regional de la República, y por el Profesor de la “Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa” Carlos Blanco Morais, un reconocidísimo especialista en la justicia constitucional, único extranjero presente en el simposio.

En nuestro comentario del libro no pretendemos ni mucho menos referirnos a todas las colaboraciones; ello exigiría de un espacio del que no disponemos, al margen ya de que nos parece más útil para el que se aproxime a esta obra a través de este breve comentario, esbozar los grandes problemas que suscita la regulación de este sugestivo instituto de garantía de los derechos.

III – La doctrina, por lo general, se muestra satisfecha de que, no obstante la larga espera de más de cuatro lustros, en el año 2009, en conformidad con las directrices del denominado II Pacto Republicano de Estado por un sistema de justicia más accesible, ágil y efectivo, el diputado Flávio Dino presentara a la Cámara de Diputados la nueva propuesta de reglamentación del *mandado de injunção*, originada en la proposición suscita por los Ministros Teori Zavascki (entonces miembro del *Superior Tribunal de Justiça* y hoy integrante del STF) y Gilmar Mendes (entonces y hoy en el STF). No falta, desde luego, quien como Benvindo, se cuestiona (p. 260) la oportunidad de esta ley, en la medida en que ya se considera pacífica la cuestión de la autoaplicabilidad del *mandado de injunção*, siendo por lo tanto innecesaria esta regulación, aunque el propio autor por lo menos admite, que la ley tal vez consolide de forma más legítima lo que se espera de la actuación de los tribunales en sus decisiones referentes a este instrumento constitucional⁸. Más drásticamente aún, algún otro prestigioso autor, al margen ya de este libro, tiempo atrás consideró, que se podía prescindir de este instituto procesal, que ya cumplió su ciclo histórico, pasando a convertirse en “Um complicador desnecessário à realização dos direitos”⁹.

Es cierto, que la ausencia de la necesaria norma legal de desarrollo constitucional del instituto no ha conducido a la inanidad de éste. El STF lo ha impedido. Pero ello no entraña que no sea necesario el texto legal, pues como apunta Rothenburg (p. 125), la disciplina legal es bastante conveniente para facilitar, uniformizar y potenciar el empleo de esta acción constitucional, además ya de ser muy oportuna con vistas a la madurez del instituto. Por lo mismo, el debate acerca de si la ley es o no necesaria nos parece a estas alturas absolutamente vacuo, siendo la regulación del instituto diseñada por la ley lo que realmente debe suscitar la atención preferente por parte de la doctrina científica.

8 Juliano ZAIDEN BENVINDO: “Mandado de Injunção em Perigo: os riscos da abstração de seis efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro”, en la obra que comentamos, pp. 255 y ss.

9 Luís Roberto BARROSO: *Curso de Direito Constitucional*, 25. ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1999, p. 315.

IV – El primer aspecto a destacar del Proyecto de ley es que el mismo contempla dos tipos posibles de omisiones legislativas que pueden inviabilizar el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía: la omisión de carácter total y la omisión parcial (el art. 2º del Proyecto comienza diciendo: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos...”). El propio precepto, en su único parágrafo, precisa lo siguiente: “Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente”. Esta diferenciación entraña un paso adelante respecto a la previsión constitucional, que para nada alude a ella. En cualquier caso, Ramos Tavares recuerda, que en el inicio de la tramitación legislativa del Proyecto, en el seno de la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía de la Cámara baja, se introdujo una importante modificación en el texto del art. 2º, al eliminarse el término “parcial”, hablándose tan sólo de “falta de norma regulamentadora”. Con toda razón, el mencionado autor advierte, que la aceptación del *mandado de injunção* frente a una inconstitucionalidad derivada de una omisión parcial requiere de un mayor rigor y seguridad frente a la intrínseca complejidad de la misma¹⁰.

No le falta razón al Profesor de la PUCSP, por cuanto, a nuestro modo de ver, la inicial previsión legal de lo que se ha de considerar inconstitucionalidad parcial es harto defectuosa. El Proyecto, en su versión inicial, circunscribe la inconstitucionalidad parcial a la insuficiencia de la normas dadas por el legislador. Pero como bien dice de nuevo Ramos Tavares (p. 395), la inconstitucionalidad parcial es más bien la nulidad subjetiva de la que hablaba Pontes de Miranda en sus célebres *Comentários à Constituição de 1946*, frente a la nulidad de la parte objetiva, de los enunciados normativos, de sus contenidos.

Parece conveniente al respecto, recordar la tipología que en 1952 estableciera el Juez del Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*) Wessel, quien en un trabajo ya clásico, en el que abordó el estudio de la jurisprudencia del *BVerfG* sobre el recurso de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), equivalente al recurso de amparo constitucional español, sentó las bases de la más conocida y reiterada tipología de las omisiones legislativas¹¹. Wessel iba a distinguir entre la omisión absoluta (*absolutes Unterlassen des Gesetzgebers*), que innecesario

10 André RAMOS TAVARES: “O Cabimento do Mandado de Injunção: a omissão inconstitucional e suas espécies”, en la obra que comentamos, pp. 383 y ss.; en concreto, p. 401.

11 WESSEL: “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde”, en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, 67. Jahrgang, , Heft 6, 15. März 1952, pp. 161 y ss.

es decir que se da cuando el poder legislativo ha omiso la disposición legislativa constitucionalmente requerida, y la omisión relativa (*relatives Unterlassen*), señalando que se reprocha al legislador una lesión de derechos fundamentales a través de una omisión relativa, cuando se le imputa haber regulado tan sólo ciertas pretensiones jurídicas de algún grupo, con lesión del principio de igualdad (“unter Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes”). Wessel habla más adelante de que con la “omisión de participación de un determinado grupo” (“durch Unterlassung der Beteiligung einer bestimmten Gruppe”) el legislador lesiona el art. 3º de la *Grundgesetz*, que proclama el principio de igualdad de todos los hombres ante la Ley (“Alle Menschen sind von dem Gesetz gleich”).

La doctrina brasileña participante en el simposio no parece identificar la omisión parcial contemplada por el texto inicial del Proyecto de ley con la caracterización que de ella diera hace sesenta años Wessel, quizá porque, con carácter general, su visión de la omisión parcial es bastante más amplia. Sólo Blanco de Moraes recuerda indirectamente al autor alemán, concluyendo¹², que las omisiones relativas, como regla general, se producen en la medida en que una ley ordinaria viola el principio de igualdad, o de universalidad, si así se prefiere, al no incluir en su ámbito subjetivo una determinada categoría de sujetos, no obstante encontrarse posicionados los mismos en una situación igual u homóloga en relación a los destinatarios del régimen jurídico de que se trate. Gilmar Mendes podría ejemplificar esa posición de la doctrina brasileña cuando entiende¹³, que la omisión parcial concierne a la ejecución parcial o incompleta de un deber constitucional de legislar, que se manifiesta tanto en razón de la consideración incompleta de lo establecido en la norma constitucional como en un proceso de cambio en las circunstancias fáctico-jurídicas que venga a afectar a la legitimidad de la norma, o también, en razón de la concesión de un beneficio en forma incompatible con el principio de igualdad. Mendes, un excelente conocedor de la doctrina germana, pues no en vano se doctoró en Alemania, creemos que con esa alusión a la omisión derivada de un proceso de cambio de las circunstancias fácticas, lo que está haciendo, con excelente criterio, es hacer suya la doctrina sentada por el *BVerfG* en su Sentencia de 8 de agosto de 1978, en la que identificará el “deber de adecuación del legislador”. En esa decisión, relativa al reactor nuclear de Kalkar (“Kalkar-Beschluss”), el Tribunal reconoció, que en virtud de los nuevos desarrollos científicos, el legislador estaba constitucionalmente obligado a un reexamen del uso

12 Carlos BLANCO DE MORAIS: “As Omissões Legislativas e os Efeitos Jurídicos do Mandado de Injunção: um ângulo de visão português”, en la obra que comentamos, pp. 334 y ss.; en concreto, p. 354.

13 Gilmar FERREIRA MENDES: “O Mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa”, en la obra que comentamos, pp. 16 y ss.; en concreto, p. 17.

pacífico de la energía atómica, que se había de dirigir al fortalecimiento de las medidas de seguridad en las centrales nucleares. Analizando diversos recursos de queja constitucional interpuestos por habitantes de la región próxima a las instalaciones nucleares, el *BVerfG* resolvía que: “En el supuesto de que se constaten indicios de peligro provenientes de reactores nucleares del tipo <Schneller Brüter> [...], el legislador está obligado a promulgar las nuevas medidas que se requieran”. La doctrina nos parece impecable, pero en realidad, en un supuesto fáctico de tal naturaleza, a nuestro entender, la inacción del legislador se traduciría en una omisión absoluta, no relativa.

Muy posiblemente, tras la previsión del parágrafo único del art. 2º del texto inicial del Proyecto late esta amplia visión de la omisión parcial sustentada por la doctrina brasileña, pero nos parece que el criterio de “insuficiencia” que acuña el texto legal, como requisito inexcusable para llevar a cabo un control con base en la existencia de una omisión parcial, no deja de suscitar problemas. A algunos de ellos alude Blanco de Moraes (en pp. 360 y ss.), cuando escribe, que la noción de “insuficiencia” puede asumir una dimensión híbrida (cuantitativa, pero también asociada a un componente cualitativo) en la que la potencial facultad del STF de poder fiscalizar la complitud horizontal de las políticas públicas del legislador puede deslizarse fácilmente hacia un poder de complitud vertical, “transitando-se de um control de validade para um juízo de otimização política, passível de romper com o princípio da separação de poderes” (p. 360). Es por todo ello por lo que el Profesor de Lisboa, con excelente criterio, entiende, que el sistema de garantías de los derechos y libertades públicas ganará con la posibilidad de que el STF pueda reparar las omisiones relativas para el caso concreto a través de decisiones aditivas, tan frecuentes en la jurisprudencia de muchos Tribunales Constitucionales europeos.

V – Destaca el Ministro del STF Zavaski¹⁴, uno de los dos autores (el otro, como ya se dijo, fue el Ministro Gilmar Mendes) del proyecto del que trae su causa el que desencadena el simposio que da lugar a este libro, esto es, el Proyecto de Ley nº 6.128, de 2009, cómo este último ha incorporado en su art. 12 el *mandado de injunção coletivo*, indicando los titulares de la legitimación activa: el Ministerio Público, los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional y las organizaciones sindicales, entidades de clase o asociaciones legalmente constituidas durante, al menos, un año, estableciendo asimismo los respectivos límites para su actuación. El mencionado precepto positiva esta modalidad del *mandado de injunção*, lo

14 Teori Albino ZAVASCKI: “Mandado de Injunção: anotações sobre o PL 6.128/2009”, en la obra que comentamos, pp. 96 y ss.; en concreto, p. 99.

que no significa que ello suponga ninguna novedad. Y ello, justamente, por lo que ya escribíamos hace cuatro años¹⁵.

Una importante novedad – decíamos – de la Constitución de 1988 fue la entronización del *mandado de segurança coletivo* (en el apartado LXX del art. 5º), instituto que se iba a asentar en un doble elemento: un elemento institucional, caracterizado por la atribución de legitimación procesal a instituciones asociativas para la defensa de los intereses de sus miembros o asociados, y un elemento objetivo, que se identifica por el uso de la garantía para la defensa de los intereses colectivos¹⁶. Como derivación inmediata del mencionado instituto, iba a admitirse el *mandado de injunção coletivo*, cuya consagración jurisprudencial no iba a suponer otra cosa que una aplicación analógica del art. 5º, LXX de la Constitución. Más aún, en el caso del *mandado de injunção*, la admisión de su vertiente colectiva iba a ser mucho más fácil que el mismo reconocimiento en el caso del *mandado de segurança*, recepcionado constitucionalmente por vez primera en 1934. En aquel momento, la aparición de este instrumento procesal de garantía suscitó la duda de si se debía de permitir su empleo por personas jurídicas, dado que el *mandado de segurança* se hallaba en un capítulo relativo a “dos direitos e das garantias individuais”. En 1988, la recepción constitucional, justamente en el apartado inmediato anterior al del *mandado de injunção*, del *mandado de segurança coletivo* facilitaba en gran medida la vertiente “colectiva” del *mandado de injunção*. Se ha llegado incluso a afirmare, quizá de modo un tanto exagerado, que el interés de esta acción judicial “é coletivo, nunca individual”; por lo mismo, la legitimación para interponer la acción debía de ser de entes colectivos, siempre interesados en la defensa del interés público¹⁷.

La doctrina del Supremo Tribunal Federal (STF) corroboró la interpretación que se acaba de exponer. En 1994, en el *Mandado de Injunção* nº 361/RJ, el Tribunal reconocía la legitimidad, en el caso en cuestión, de una entidad sindical de pequeñas y medianas empresas que, notoriamente dependientes del crédito bancario, tienen interés común en la eficacia del § 3º del art. 192 del texto inicial de la Constitución (norma posteriormente derogada), que tras prever que la tasa de interés real, incluida en ella las comisiones y cualesquiera otras remuneraciones directa o indirectamente referidas a la concesión de un crédito, no podría ser superior al 12 por 100

15 Cfr. al respecto, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: *La Justicia Constitucional: una visión de Derecho Comparado*, Tomo I, Editorial Dykinson, Madrid, 2009, en particular, pp. 1035-1044.

16 En análogo sentido, José AFONSO DA SILVA: *Comentário Contextual...*, op. cit., p. 163.

17 Carlos Frederico MARÉS DE SOUZA FILHO: “O Direito Constitucional e as Lacunas de Lei”, en *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, ano 28, nº 28, 1994-1995, pp. 149 y ss.; en concreto, p. 168.

anual, establecía que el cobro superior a este límite sería conceptuado como delito de usura, castigándose en todas sus modalidades en los términos que la ley determinara.

VI – La problemática medular que plantea el instituto tratado en este libro no es otra que la de determinar la naturaleza y efectos de la decisión. No ha de extrañar por lo mismo, que sea ésta la cuestión que mayor debate ha desencadenado entre los participantes en el evento. Para tener una visión más comprensiva del debate doctrinal, quizá convenga hacer breve mención previa a los posicionamientos doctrinales anteriores al Proyecto y a la interpretación dada en sede jurisprudencial.

A modo de trasfondo de las respectivas posturas por parte de la doctrina, lo que subyace es la visión que los autores tienen de la relación que pueda existir, si es que existe alguna, entre el *mandado de injunção* y la *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*. Un sector doctrinal, desde luego minoritario, equiparó los efectos de las decisiones que nos ocupan con los propios de la mencionada acción de inconstitucionalidad por omisión. En ello coincidieron esos autores con la más que discutible primera jurisprudencia del STF en torno al tema. Un segundo bloque doctrinal, claramente mayoritario, con diversos matices y particularidades, converge en rechazar que el *mandado de injunção* termine generando el efecto propio de la mencionada acción, esto es, dar “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias”. Como en la obra comentada escribe Benvindo (p. 267), tras la decisión del MI 107, en 1989, en la que el Ministro Moreira Alves defendió la autoaplicabilidad del instituto, a la par que lo restringía a una mera declaración de mora del legislador en la reglamentación del derecho específicamente examinado, hubo un sentimiento de vacío del potencial de este instituto.

En pura hipótesis, cabría pensar en tres posibles soluciones para las decisiones que reconozcan la violación de un derecho constitucional generada por una omisión de un poder público. Una primera, innecesario es decir que absolutamente descabellada, sería la de que el propio órgano jurisdiccional dictara la norma reguladora omisa, aunque fuera temporalmente. Una segunda opción sería la de que el órgano judicial constatará la omisión, dirigiéndose a renglón seguido al órgano quiescente, comunicándole la inconstitucionalidad de su omisión e instándole, expresa o implícitamente, a que proceda a dictar la norma omisa. Este es el efecto que se anuda en Brasil a la acción directa de inconstitucionalidad por omisión. En fin, la tercera fórmula de solución es la de que el propio órgano jurisdiccional, circunscribiéndose al caso concreto, posibilite con

su resolución la plena eficacia del derecho, que es, en definitiva, lo que por lógica debe pretender la demanda. A nuestro entender, la última posición es la que consideramos más correcta; más aún, la única que creemos coherente con la naturaleza propia de una acción judicial del *mandado de injunção*.

Como acabamos de decir, en la primera oportunidad en que tuvo ocasión de pronunciarse sobre este instituto, el STF dio un efecto a su decisión (en la que constataba la violación del derecho de resultados de la omisión legislativa) análogo al de la acción directa de inconstitucionalidad por omisión. En una decisión un año posterior a la dictada en el MI 107, la proferida en el MI 168-5/RS, aún con mayor nitidez, el Tribunal precisaba el sentido de sus decisiones en este tipo de acciones, argumentando del siguiente modo: “O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra”.

En una decisión posterior, el MI 232-1/RJ, el Tribunal, conociendo por su propia experiencia la insensibilidad constitucional del Congreso y el sistemático incumplimiento de sus decisiones, señalaba que, transcurridos seis meses sin que el Congreso Nacional dictase la ley requerida por el § 7º del art. 195 de la Constitución (que declara exentas de contribución para la seguridad social aquellas entidades de beneficencia dedicadas a la asistencia social que cumplan las exigencias establecidas por la ley), el demandante de *injunção* pasaría a gozar de la inmunidad contemplada constitucionalmente. Esta decisión entrañaba un significativo paso adelante, al margen ya de tratarse de la primera ocasión en que esta acción judicial se presentó por una persona jurídica.

Un giro notabilísimo se iba a producir por la tríada de decisiones dictadas por el STF el 25 de octubre de 2007, las tres en relación con el derecho a la huelga por parte de los servidores o funcionarios públicos (MI 670/ES, cuyo ponente originario sería el Ministro Maurício Corrêa, que posteriormente fue relevado por el Ministro Gilmar Mendes; MI 708/DF, que tuvo también como ponente a Gilmar Mendes, y MI 712-8/PA, cuyo ponente fue el Ministro Eros Roberto Grau). En estas decisiones, por primera vez, el Tribunal se aparta de forma significativa, de su orientación tradicional. De un “Relatório” previo a la aprobación de estas decisiones elaborado por el Ministro Roberto Grau, se podían extraer estas tres ideas básicas:

1ª) El *Judiciário* estaba vinculado en el *mandado de injunção* por el poder/deber de “formular supletoriamente la norma reguladora ausente. No se trata de una simple facultad, sino también de un deber que recae sobre el órgano jurisdiccional.

2ª) Caso de conceder la *injunção*, al Supremo Tribunal Federal le incumbía “remover el obstáculo dimanante de la omisión, definiendo la norma adecuada para la regulación del caso concreto, norma enunciada como texto normativo, sujeto con posterioridad a interpretación por su aplicador”.

3ª) En el *mandado de injunção*, el poder judicial no define una norma de decisión, sino que enuncia una “norma regulamentadora”, que faltaba para, en el caso en cuestión, hacer viable el ejercicio del derecho, que no era otro en la tríada de decisiones que el derecho de huelga de los funcionarios públicos. Y nada impide, – se añade – que en lo que atañe a las hipótesis de otras demandas en el futuro, que versen sobre situaciones análogas, les sea extendida “por despacho monocrático do relator” esa misma regulación.

En la tríada de decisiones mencionadas, el Tribunal, ante la inexistencia de la ley reguladora del derecho de huelga de los funcionarios públicos, constitucionalmente exigida, propuso como solución la aplicación, en lo que cupiese, de las previsiones de la Ley nº 7.783/1989, de 28 de junio de 1989, reguladora del derecho de huelga en general.

VII – En este marco contextual previo, el Proyecto de Ley desencadenante de este libro contempla los efectos de este tipo de decisiones en su art. 9º, a cuyo tenor: “A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora”. El precepto se complementa con tres parágrafos adicionales, de los que nos interesa particularmente el contenido de los dos primeros, que vienen a extender la regla general de la eficacia *inter partes* de la decisión. A tenor del primero de esos parágrafos: “Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração”. De conformidad con el parágrafo segundo: “Transitada em julgado a decisão, os seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator”.

La previsión legal, parece bastante claro, es bastante deudora de la última jurisprudencia sentada en torno a este instituto por el STF. Como escribe Gilmar Mendes (pp. 18-19), lo que se evidencia con tal disposición es la posibilidad de que las decisiones dictadas en *mandados de injunção*

surtan efectos normativos no sólo en razón del interés jurídico de quienes los plantean , sino también para aquellos otros casos que guarden similitud. De esta forma, aunque la regla general sería la del efecto subjetivo o *inter partes* de la decisión, ésta comportaría una dimensión objetiva, con eficacia *erga omnes*, que serviría a tantos cuantos fuesen los casos que demanden una concreción frente a una omisión general del poder público, sea en relación a una determinada conducta, sea respecto de un determinado texto legal.

Benvindo (p. 277) concluye su exposición indicando, que el debate en torno a este instituto debe permitir abrir la verdadera potencialidad que le es propia, que no es sino la defensa de los derechos y libertades objeto de análisis en el caso concreto. Dicho de otro modo, la intervención en sede judicial ha de pretender efectivizar los derechos. Dicho esto, el propio autor añade, que no se puede pretender utilizar “este bellísimo instrumento” como argumento estratégico para el proceso de desnaturalización del control concreto de constitucionalidad y, finalmente, para la concentración del debate constitucional en el Supremo Tribunal Federal. El Profesor de Brasilia, como se suele decir, pone el dedo en la llaga, por cuanto la lectura del precepto antes transcrito deja la impresión de que las excepciones a la regla general del efecto subjetivo o *inter partes* de este tipo de decisiones pueden terminar convirtiéndose en la pauta general, lo que entrañaría la conversión del STF en un órgano con una fuerte capacidad normativa, algo que, claramente, lo desnaturalizaría.

También Blanco de Moraes constata (p. 376), que la solución del § 1º art. 9º del Proyecto de conferir eficacia *erga omnes* a la decisión del STF le merece diversos tipos de reservas. La primera de ellas es la de que si el STF decide imponer con fuerza vinculante sobre la Administración y los tribunales los fundamentos de una decisión que contenga una interpretación conforme, o dictar una “súmula vinculante” que obligue a las actuaciones de esos mismos poderes, o en fin, procede a sustituir al legislador a través de una decisión con fuerza obligatoria general, tal Tribunal estará materialmente ejerciendo una función normativa equiparada a la actividad legislativa, y ésta es una función que la Constitución no le atribuye expresamente ni se puede deducir de sus facultades generales de control. Y las excepciones a la regla que sienta el principio de separación de poderes, claramente constatables cuando el Tribunal ejerce un poder normativo, sólo pueden ser el fruto, diríamos por nuestra cuenta, de previsiones constitucionales explícitas. El Profesor de Lisboa aduce asimismo (p. 378), que existe una ausencia de consenso doctrinal sobre esta eficacia general del *mandado de injunção*, ya que un amplio sector de constitucionalistas (incluyendo algunos Ministros del STF) continúan defendiendo que este instituto debe

circunscribir su eficacia a los efectos *inter partes*. En fin, y en ello no le falta razón al Profesor portugués, la eficacia *erga omnes* resulta ser algo no estrictamente necesario desde un punto de vista procesal, ya que existen otros mecanismos que permiten alguna generalización de la decisión o el refuerzo de su componente “mandamental” sobre el legislador moroso.

A la regulación expuesta han de añadirse algunas de las previsiones del art. 8º del texto, que Mello do Amaral califica como el “corazón del Proyecto”¹⁸, de conformidad con el cual, reconocida la situación de mora legislativa, será concedida la *injunção* requerida con el fin de: 1º) determinar el plazo razonable para que el órgano quiescente dicte la norma constitucionalmente exigida, y 2º) establecer las condiciones en las que se producirá el ejercicio de los derechos, libertades o prerrogativas reclamados. Ambos efectos ya estaban previstos desde la “Questão de Ordem” resuelta en el MI 107-3/DF. Con todo, ambas determinaciones no han dejado de suscitar observaciones críticas. En relación a la fijación del plazo, no sin razón, Rufino do Vale cree¹⁹, que tal previsión, además de no ser conforme (“não ser consentânea”) con el principio de la división de poderes, pues implica una clara y desmesurada ingerencia de un poder en otro, parece ser un tanto ingenua, pues parte del presupuesto de que la actividad parlamentaria de carácter eminentemente legislativo puede quedar sometida a mandatos judiciales de este tipo, y de que el legislativo tenderá siempre a cumplir fielmente las decisiones de los tribunales. Es por lo mismo, por lo que el propio autor entiende (p. 220), que en vez de estipular la fijación de plazos para la actuación del órgano legislativo, la ley reguladora de este instituto debería de prever una cláusula de apelación al legislador, una suerte diríamos por nuestra cuenta, de *Appellentscheidung*, incentivando las prácticas de diálogo institucional entre los poderes. A nuestro modo de ver, quedarse en una mera apelación al legislador no sería suficiente, por cuanto a través del *mandado de injunção* el Tribunal viene obligado a viabilizar *in casu* la plena eficacia del derecho cuyo ejercicio ha quedado inviabilizado de resultas de la omisión. En cuanto a la segunda previsión, según Andrade Barbosa²⁰, representa *per se* un desestímulo al debate legislativo de la cuestión. Como regla general, políticamente, el Congreso tendrá pocas razones para enfrentarse de nuevo a las disputas políticas que las decisiones adopta-

18 José Levi MELLO DO AMARAL JÚNIOR: “Regulamentação do Mandado de Injunção”, en la obra que comentamos, pp. 152 y ss.; en concreto, p. 155.

19 André RUFINO DO VALE: “Mandado de Injunção: comentários ao projeto de regulamentação”, en la obra que comentamos, pp. 161 y ss.; en concreto, p. 214.

20 Leonardo Augusto de ANDRADE BARBOSA: “Armadilhas Constitucionais: estudo sobre a regulamentação do mandado de injunção sob a perspectiva das relações entre Legislativo e Judiciário”, en la obra que comentamos, pp. 281 y ss.; en concreto, p. 293.

das por el *Judiciário* en sede de *mandado de injunção* pueden resolver con menos estruendo (“estardalhaço”).

Zavascki, uno de los autores de la propuesta de la que dimanó el Proyecto de Ley que nos ocupa, no sólo admite que la opción de conferir al *mandado de injunção* un perfil “normativo-concretizador” entraña la atribución al poder judicial de una actividad típicamente legislativa, sino que, en coherencia con ello, atribuye a la decisión del STF unas especialísimas características que, a nuestro modo de ver, aún profundizan en mayor medida esa vertiente normativa. A juicio del citado Ministro del STF, esos rasgos característicos de la decisión serían: a) una decisión con eficacia prospectiva natural, o sea, con efectos normalmente aptos para proyectarse también el futuro; b) una decisión que queda sujeta, cuando ello se entienda necesario, a los ajustes exigidos por las modificaciones fácticas o jurídicas sobrevenidas, y c) una decisión con natural vocación expansiva en relación a las situaciones análogas, efecto que también dimana de las exigencias del principio de igualdad.

No faltan juicios favorables a la regulación que el Proyecto establece en torno a los efectos de estas decisiones. Es el caso, por ejemplo, de Silva Ramos, quien la considera bastante razonable, teniendo a la vista las situaciones de viabilización del ejercicio de los derechos colectivos a través de la *injunção*²¹. Más aún, tampoco se hallan ausentes posiciones un tanto exóticas, por decirlo de alguna manera, que en el fondo están propugnando algo tan descabellado como es convertir al poder judicial en un verdadero legislador. Es el caso de Pires Rosa, para quien el *mandado de injunção* exige “una especie de reparto o división (“*compartilhamentação*”) de la función legislativa entre el legislativo y el judicial²², lo que trata de justificar en que ambos poderes deben comprender que en situaciones excepcionales, como sería el caso de aquéllas en las que cabe el recurso a este instituto procesal, los dos poderes desempeñan, aunque sea parcialmente, funciones legislativas. En sintonía con ello, este autor propone una fórmula por la que el STF dictaría las “condiciones normativas” para el ejercicio del derecho con eficacia *erga omnes* aunque no inmediata, por cuanto tal eficacia quedaría paralizada durante un año, período que se sugiere con la finalidad de que en el mismo el legislativo tuviese la oportunidad de dictar la norma omisa. Con ello, no sólo se habilita a un órgano del poder judicial para que asuma una función que no le corresponde, sino que se desnaturaliza el objetivo del

21 Elival da SILVA RAMOS: “Mandado de Injunção e Separação dos Poderes”, en la obra que comentamos, pp. 230 y ss.; en concreto, p. 251.

22 André Vicente PIRES ROSA: “Mandado de Injunção sob a Perspectiva do Projeto de Lei nº 6.128, de 2009”, en la obra que comentamos, pp. 101 y ss.; en concreto, p. 105.

mandado de injunção, que no es otro sino viabilizar lo antes que sea posible la plena eficacia de un derecho. El despropósito de la fórmula sugerida, a nuestro juicio, es monumental desde todos los puntos de vista.

VIII. Unas últimas reflexiones se imponen por nuestra parte. No cabe duda de que uno de los más relevantes problemas dogmáticos que suscita la posible declaración del “estado de mora legislativa” atañe a los efectos que se anudan a tal decisión judicial. La misma puede oscilar desde una mera declaración platónica, por utilizar los términos de Canotilho, aun cuando en referencia al específico instituto portugués del control de las omisiones, que subyacería en las órdenes, apelaciones o condenas del silencio legislativo²³, hasta la conversión del Tribunal en un verdadero legislador.

Principios constitucionales de la máxima relevancia, como el de la división de poderes, el de la legitimidad democrática del legislador y el del pluralismo, constituyen a nuestro entender barreras infranqueables que impiden la conversión del juez constitucional en legislador en ningún momento ni circunstancia. Piénsese, por ejemplo, en que el respeto de la libertad configuradora del legislador adquiere particularísima relevancia cuando la norma constitucional admite múltiples posibilidades de desarrollo, algo bastante habitual en las disposiciones de la parte dogmática de las constituciones; es el legislador quien queda habilitado por ese principio poliédrico del pluralismo político para decantarse por una u otra opción. Ciertamente, como ha argumentado Schlaich²⁴, el principio de la división de poderes prevé la complementariedad y el apoyo por parte de todas las instituciones respecto de aquellos órganos que no se encuentren en condiciones de concluir completamente sus funciones, pero claro está, una cosa es complementar y otra bien diferente sustituir. Además, sería un grave error pensar, que el legislador es un mero ejecutor de la constitución; en modo alguno puede equipararse su relación con la Constitución con la que media entre el poder reglamentario y la ley. En cuanto actualiza de modo permanente la voluntad soberana del pueblo, el legislador se halla plenamente legitimado para precisar en una u otra dirección el desarrollo que se ha de dar a esas cláusulas constitucionales abiertas que permiten una diversidad de opciones de desarrollo. Y a nuestro entender, el poder judicial carece de esa específica legitimidad.

23 José Joaquim GOMES CANOTILHO: *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982. p. 350.

24 Klaus SCHLAICH: “Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania”, en *Quaderni Costituzionali*, Anno II, nº 3, Dicembre 1982, pp. 557 y ss.; en concreto, p. 584.

En resumen, y por lo que al instituto que nos ocupa se refiere, el STF debe viabilizar el derecho inviable de resultados de la omisión; ello, inevitablemente, le acercará al ejercicio de una función normativa, pero creemos que sería fundamental que la misma opere *in casu*, esto es, que quede circunscrita al caso concreto. Más tranquilizadora nos parece la fórmula de que, llegado el caso, el efecto *ultra partes* provenga del precedente jurisprudencial, aún a sabiendas de que Brasil no es un país con un sistema jurídico de *common law*, que de una específica habilitación legal para que el STF pueda otorgar a su decisión un efecto *erga omnes*.

Debemos felicitarnos, ante todo, por el hecho de que al fin parezca próxima una ley reguladora de este novedoso e interesante instituto procesal constitucional. Pocas oportunidades habrá más adecuadas para la aprobación de un texto legal como éste que el ya muy vecino 25º aniversario de esa, por tantas razones, importantísima e innovadora carta jurídico-política que fue la Constitución de 1988. Y también hemos de congratularnos por la propia existencia de este libro, que creemos se publica en un momento óptimo, y que en cuanto reflejo de múltiples, y en ocasiones contrapuestas, interpretaciones del instituto del *mandado de injunção*, debe contribuir a ilustrar a los legisladores brasileños en la no fácil tarea de diseñar la ley que ha de regularlo. Estamos ante un instituto en verdad novedoso, revelador de la evolución del constitucionalismo, del dinamismo de las técnicas de protección de los derechos y también, desde luego, de la propia justicia constitucional. Pero no es fácil imbricarlo en el siempre delicado marco relacional entre el poder legislativo y el judicial.