

# El *mandado de injunção* como remedio contra la omisión inconstitucional en el derecho brasileño\*

LUIZ GUILHERME MARINONI\*\*

## Resumen

El *mandado de injunção* constituye un instrumento procesal, previsto en la Constitución Federal brasilera, destinado a viabilizar, delante de la falta de norma infraconstitucional, el «ejercicio» de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía. En su historia jurisprudencial, el *mandado de injunção* tuvo varios alcances, no siendo siempre coincidentes con el que es deseado por la norma constitucional. El presente trabajo se destina a demostrar cómo el *mandado de injunção* debe ser utilizado, en el estado actual del constitucionalismo, para viabilizar la protección de los derechos que, al estar consagrados en la Constitución, no pueden dejar de ser tutelados delante de la omisión del legislador.

**Palabras clave:** Omisión del legislador. Omisión inconstitucional. *Mandado de injunção*.

## Sumilla

1. Primeras consideraciones
2. Historia del *mandado de injunção* en el Supremo Tribunal Federal
3. Finalidad del *mandado de injunção*
4. Legitimidad
5. Medida cautelar
6. Presupuestos para la concesión del *mandado de injunção*
  - 6.1. Deber de legislar
  - 6.2. Demora del legislador
  - 6.3. Norma insuficiente y omisión parcial
  - 6.4. Norma no autoaplicable
  - 6.5. Norma amparada por la Constitución, promulgación sobreviniente de la norma y envío del proyecto de ley
7. Efectos de la decisión
8. El *mandado de injunção* suple la falta de ley ante un caso conflictivo concreto

---

\* Traducción de Christian Delgado Suárez.

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad de Grenoble, Francia. Exsenador de la República 1980-1992. Expresidente de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas 1991-1992. Exmiembro de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Director ejecutivo de la Comisión Andina de Juristas. Profesor principal del Departamento Académico de Derecho de la PUCP, en pregrado y en posgrado, en la especialidad de Derecho Constitucional.

## 1. Primeras consideraciones

De acuerdo con el artículo 5, LXXI de la Constitución Federal brasilera, «se concederá el *mandado de injunção* siempre que la falta de la norma reglamentaria «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».

Resalta de la norma constitucional que el *mandado de injunção* constituye un instrumento procesal destinado a viabilizar, ante la falta de norma infraconstitucional, el «ejercicio» de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía. La norma instituye una evidente relación de causalidad entre la falta de ley y el ejercicio de un derecho. Así, el *mandado de injunção* objetiva a dar tutela a un derecho subjetivo, constituyendo un mecanismo que permite la fiscalización «concreta» de la inconstitucionalidad por omisión. Mientras tanto, la acción directa de inconstitucionalidad es un instrumento de tutela del derecho objetivo, en el que existe una fiscalización «abstracta» de la inconstitucionalidad por omisión. Básicamente, la diferencia entre uno y otro está en que en el *mandado de injunção* existe una tutela del derecho carente de situación del legislador y, en la acción directa, hay una tutela en abstracto de la norma constitucional, atacándose la inconstitucionalidad en tesis.

En el texto de la Constitución Federal existen cuatro normas acerca de la competencia para el *mandado de injunção*<sup>1</sup>. Se espera, con tales normas, limitar el trato

<sup>1</sup> CF, artículo 102. Compete al Supremo Tribunal Federal, inicialmente, el resguardo de la Constitución, cabiéndole:  
I. Procesar y juzgar, originariamente:

[...]

q) el mandado de injunção, cuando la elaboración de la norma reglamentaria fuere atribución del Presidente de la República, del Congreso Nacional, de la Cámara de Diputados, del Senado Federal, de las Mesas de una de esas Casas Legislativas, del Tribunal de Cuentas de la Unión, de uno de los Tribunales Superiores o del propio Supremo Tribunal Federal;

[...]

II. Juzgar en recurso ordinario:

a) El hábeas corpus, el mandado de injunção, el mandato de seguridad, decididos en única instancia por los Tribunales Superiores, si fuese denegatoria la decisión;

[...]

CF. Art. 105. Compete al Superior Tribunal de Justicia:

I. Procesar y juzgar, originariamente:

[...]

h) el mandado de injunção, cuando la elaboración de la norma reglamentaria fuera atribución del órgano, entidad o autoridad federal, de la administración directa o indirecta, exceptuados los casos de competencia del Supremo Tribunal Federal y de los órganos de la Justicia Militar, de la Justicia Electoral, de la Justicia del Trabajo y de la Justicia Federal;

[...]

CF. Art. 121. La ley complementaria dispondrá sobre la organización y competencia de los tribunales, de los jueces de derecho y de las juntas electorales.

[...]

Num. 4º.- De las decisiones de los Tribunales Regionales Electorales solamente cabrá recurso cuando:

del *mandado de injunção* a los tribunales, ciertamente a partir de la idea de que sería más fácil, de esta forma, racionalizar la aplicación de las normas judiciales elaboradas para sustituir la inercia del Poder Legislativo.

El *mandado de injunção*, en su historia jurisprudencial, tuvo varios alcances, no siendo siempre coincidentes con el que es deseado por la norma constitucional. La diversidad de alcances otorgada por el Supremo Tribunal Federal (STF) al *mandado de injunção* refleja sobre la comprensión del instituto y, así, sobre los conceptos y presupuestos que están a su alrededor.

## 2. Historia del *mandado de injunção* en el Supremo Tribunal Federal

Es posible iniciar la historia del curso del *mandado de injunção* en el Supremo Tribunal Federal con el juzgamiento de los *mandados de injunção* 168 y 107, relatados respectivamente, por el ministro Sepúlveda Pertence y por el ministro Moreira Alves. El *mandado de injunção* 168, decidido por unanimidad, ejemplifica la limitación que se daba al instrumento procesal-constitucional cuando este comenzó a ser utilizado. En este caso, el Supremo Tribunal Federal afirmó que el *mandado de injunção* no da al Poder Judicial el poder de emitir la norma faltante ni le confiere el poder de tutelar el derecho que de la norma depende. Con la intención de definir la naturaleza del instituto, se declaró que «el *mandado de injunção* no autoriza al Poder Judicial a suprimir la omisión legislativa o reglamentar, editando el acto normativo omitido, ni mucho menos, le permite ordenar de inmediato, el acto concreto de satisfacción del derecho reclamado». La prestación jurisdiccional posible, según la Corte, sería la de «declaración de inconstitucionalidad de omisión normativa, con conocimiento al órgano competente para que lo supla»<sup>2</sup>.

El juzgamiento del *mandado de injunção* 107 es considerado un marco en la historia del instituto. En este *mandado de injunção* se decidió, por cuestión de orden, al respecto de la «propia autoaplicabilidad» de la norma constitucional que instituyó el *mandado de injunção*, afirmándose, como premisa, el «alcance de la acción»: «De cara a los textos de la Constitución Federal relativos al *mandado de injunção*, es este una acción otorgada al titular del derecho, garantía o prerrogativa al que alude el artículo 5, LXXI, de los cuales el ejercicio está inviabilizado por la falta de norma reglamentaria y es acción que «se destina a obtener del Poder Judicial la declaración de inconstitucionalidad de esa omisión» si estuviese caracterizada la demora en reglamentar por parte del Poder, órgano, entidad o autoridad de la cual

---

[...]

V.- Se deniegan hábeas corpus, mandato de seguridad, hábeas data o mandado de injunção.

<sup>2</sup> MI 168, Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20.04.1990.

está emisión normativa dependa, con la «finalidad que se le dé conocimiento de esa declaración», para que adopte las providencias necesarias, «a semejanza de lo que ocurre con la acción directa de inconstitucionalidad por omisión» (artículo 103, 2, de la Carta Magna), y que se determine, si se tratara de un derecho constitucional oponible contra el Estado, la suspensión de los procesos judiciales o administrativos de los que puedan advenir para el reclamante, algún daño que no ocurriría si no existiese la omisión inconstitucional. «Fijada así la naturaleza de este mandato», es este, en el ámbito de la competencia de esta Corte —que está debidamente definida por el artículo 102, I, 'q'—, autoejecutable, una vez que, para ser utilizado, no depende de norma jurídica o reglamento, inclusive en cuanto al procedimiento aplicable que le es analógicamente el procedimiento del mandato de seguridad, en lo que fuese conveniente»<sup>3</sup>. Se reafirmó ahí el entendimiento de que el *mandado de injunção* permite solo la «declaración de inconstitucionalidad de la omisión, producto del cual el Poder, órgano, entidad o autoridad vendría a conocer de esa declaración». En el juzgamiento del *mandado de injunção* 107, además de esta fundamental conclusión, se afirmaron también que: i) la norma que instituye el *mandado de injunção* es autoaplicable; ii) el *mandado de injunção* puede referirse tanto a una omisión total como a una omisión parcial del legislador; iii) el STF tiene competencia para que sobre el *mandado de injunção* pueda determinar la suspensión de los procesos administrativos o judiciales con el objetivo de asegurar la posibilidad de que el autor sea contemplado por una norma más benéfica o que le asegure el derecho constitucional; iv) el STF está legitimado, de cara al *mandado de injunção*, a determinar otras medidas necesarias para garantizar el derecho del autor hasta la expedición de la norma por el legislador.

Nótese que, hasta este punto, ni siquiera se otorgaba plazo para que el legislador dictara la norma restante, reputándose admisible apenas su conocimiento. Poco tiempo después, en el *mandado de injunção* 283, el relator ministro Sepúlveda Pertence, se avanzó en relación con la efectividad del instrumento. Aunque el *mandado de injunção* haya sido comprendido como remedio de «naturaleza mandamental» —y dígase de paso, que se ha ignorado el correcto significado de «naturaleza mandamental» de un instrumento procesal, suponiéndose que mandamental es el remedio procesal utilizado «contra el Estado»— se admitió que, aunque el autor haya formulado un pedido de naturaleza constitutiva o de naturaleza condenatoria (que, en el entender del Supremo Tribunal Federal sería imposible), en él está contenido el pedido de «atendimiento posible, de declaración de inconstitucionalidad de la omisión normativa, con conocimiento al órgano

<sup>3</sup> MI 107, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.09.1990.

competente para que la supla»<sup>4</sup>. Se entendió ser posible al Poder Judicial, al otorgar la injunción, sumar, a sus efectos mandamentales típicos, el proveimiento necesario para cautelar al interesado contra la eventualidad de no finalizarse o materializarse el proceso legislativo, en el plazo razonable que fijara, de modo a facultarle, cuanto fuere posible, la satisfacción provisoria de su derecho. Así, se otorgó el *mandado de injunção* para: i) declarar en demora al legislador relativo a la orden de legislar contenida en el artículo 8, núm. 3, ADCT<sup>5</sup>, comunicando al Congreso Nacional y a la Presidencia de la República y, para; ii) firmar el plazo de 45 días más 15 días para la sanción presidencial, a fin que se ultime el proceso legislativo de la ley reclamada, dejándose todavía expresado que, iii) en caso se venza el plazo establecido líneas arriba, sin que la ley haya sido promulgada, pasa el autor de tal acción constitucional a gozar de la facultad de obtener, contra la Unión, por la vía procesal adecuada, una sentencia líquida de condena a la reparación constitucional debida, por los daños y perjuicios que se liquiden<sup>6</sup>. En este caso se impuso un plazo para el cumplimiento del deber de legislar, retirándose la consecuencia concreta y benéfica al autor, producto del incumplimiento.

En el *mandado de injunção* dotado de igual fundamento —respecto del deber de legislar contenido en el artículo 8, núm. 3, ADCT— entendió el Supremo Tribunal Federal que, en virtud de haber sobrepasado el plazo impuesto en el *mandado de injunção* 283, no sería necesario otro *mandado de injunção*, teniendo el interesado el deber de proponer, inmediatamente, acción de daños y perjuicios. Dice el resumen proferido en este *mandado de injunção* que «reconocido el estado de demora inconstitucional del Congreso Nacional —único destinatario del comando a satisfacer, en el caso, la prestación legislativa reclamada— y considerando que, aunque previamente comunicado en el *mandado de injunção* 283, relator ministro Sepúlveda Pertence, se abstuvo de cumplir la obligación que le

<sup>4</sup> MI 283, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991.

<sup>5</sup> ADCT, artículo 8°- Es concedida amnistía a los que, en el período del 18 de setiembre de 1946 hasta la fecha de promulgación de la Constitución, fueron alcanzados, por derivación de la motivación exclusivamente política, por los actos de excepción, institucionales o complementarios, a los que fueron alcanzados por el Decreto Legislativo N° 18 del 15 de diciembre de 1961 y a los alcanzados por el Decreto Ley N° 864 del 12 de setiembre de 1969, aseguradas las promociones en la inactividad, al cargo, empleo, puesto o graduación a las que tendrían derecho si estuviesen en servicio activo, obedecidos los plazos de permanencia en actividad previstos en las leyes y reglamentos vigentes, respetadas las características y peculiaridades de las carreras de los servidores públicos civiles y militares y observados los respectivos regímenes jurídicos.

[...]

Núm. 3° - A los ciudadanos que fueren impedidos de ejercer, en la vida civil, actividad profesional específica en derivación de las circulares Reservadas del Ministerio de Aeronáutica, n° S-50-GM5 del 19 de junio de 1964 y, n° S-285-GM5, será concedida reparación de naturaleza económica en la forma que dispusiere la ley de iniciativa del Congreso Nacional y a entrar en vigor en el plazo de doce meses a contar desde la promulgación de la Constitución.

<sup>6</sup> MI 283, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991

fué constitucionalmente impuesta, se vuelve necesaria una nueva comunicación a la institución parlamentaria, asegurándose a los demandantes, ‘inmediatamente’, la posibilidad de accionar, ‘inmediatamente’, en los términos del derecho común u ordinario, la acción de reparación de naturaleza económica instituida a su favor por el precepto transitorio»<sup>7</sup>.

En el *mandado de injunção* 232, de relatoría del ministro Moreira Alves, el Supremo Tribunal Federal declaró, al tratar de la falta de reglamentación de lo dispuesto en el núm. 7 del artículo 195<sup>8</sup> de la Constitución Federal y delante del artículo 59 del ADCT<sup>9</sup>, la demora del Congreso Nacional, «a fin de que en el plazo de seis meses, se adoptaran las providencias legislativas que se imponen para el cumplimiento de la obligación de legislar derivada del artículo 195, 7 de la Constitución, «bajo pena de, vencido el plazo sin que esa obligación se cumpla, pasar el requirente a gozar de inmunidad requerida»»<sup>10</sup>. Se retiró del incumplimiento del plazo por el legislador, la satisfacción del derecho anhelado por el demandante, en una verdadera sentencia sustitutiva de la voluntad del deudor de la prestación normativa.

El Supremo Tribunal Federal, todavía al comienzo de la década de 1990, juzgó un *mandado de injunção* interpuesto únicamente contra un particular responsable por la prestación derivada de la observancia del deber de legislar. En este caso, el *mandado de injunção*, —que afirmó falta de regulación del artículo 7, XXI<sup>11</sup>, de la Constitución Federal, relativo al aviso previo— fue dirigido solo contra una ex empleadora del demandante. Sin embargo, el Tribunal, al afirmar la naturaleza mandamental del *mandado de injunção*, declaró haberse sustentado, «en el Supremo Tribunal Federal, en el entendimiento según el cual el *mandado de injunção* tiene que dirigirse contra el Poder, órgano, entidad o autoridad que tiene el deber de reglamentar la norma constitucional, no legitimándose *ad causam*, pasivamente, en

<sup>7</sup> MI 284, Pleno Rel. p/sentencia Min. Celso de Mello, DJ 26.06.1992.

<sup>8</sup> CF. Art 195. La seguridad social será financiada por toda la sociedad, de forma directa e indirecta, en los términos de ley, mediante recursos provenientes de los presupuestos de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, y de las siguientes contribuciones sociales:

[...]

Num. 7- Son exoneradas de contribución para la seguridad social las entidades de asistencia social que atiendan a las exigencias establecidas en la ley.

<sup>9</sup> ADCT, artículo 59. Los proyectos de ley relativos a la organización de la seguridad social y a los planos del costo y de beneficio serán presentados en el plazo máximo de seis meses de promulgada la Constitución al Congreso Nacional, que tendrá seis meses para apreciarlos.

Parágrafo único – Aprobados por el Congreso Nacional, los planos serán implantados progresivamente en los dieciocho meses siguientes.

<sup>10</sup> MI 232, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.03.1992

<sup>11</sup> CF, artículo 7 - Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de los otros que se destinen a la mejoría de su condición social:

[...]

XXI – aviso previo proporcional al tiempo de servicio, siendo el mínimo de treinta días, en los términos de la ley.

principio, a quien no estuviera obligado a expedir una reglamentación respectiva. No es viable dar curso al *mandado de injunção*, por ilegitimidad pasiva *ad causam*, del ex empleador del requirente; al único que se indica como demandado en la petición inicial»<sup>12</sup>.

En otro caso, el Supremo Tribunal Federal se vio ante el *mandado de injunção* que se destinaba a obligar al Congreso Nacional a reglamentar el derogado núm. 3 del artículo 192<sup>13</sup> de la Constitución Federal —relativo a la limitación de las tasas de intereses reales en doce por ciento al año— cuya demanda se dio contra el Congreso nacional, sino, también, contra el banco acreedor. No obstante, evidenciando una posición restrictiva en cuanto al alcance de la acción, el Supremo entendió que el banco no tenía legitimidad pasiva para participar en el proceso, ni siquiera como litisconsorte pasivo. En esta ocasión, afirmó el Supremo que «solamente personas estatales pueden figurar en el polo pasivo de la relación procesal instaurada con la interposición del *mandado de injunção*, he aquí que solo a ellas les es imputable el deber jurídico de emanación de proveimientos normativos»<sup>14</sup>. Así, —concluyó el Tribunal— por tener el *mandado de injunção* la naturaleza jurídico procesal de «acción de índole mandamental», estaría inviabilizada, «en función de su propio objeto, la formación del litisconsorcio pasivo, necesario o facultativo, entre particulares y entes estatales»<sup>15</sup>.

La doctrina de la imposibilidad que el *mandado de injunção* sea dirigido contra el particular fue reiterada por el Supremo Tribunal Federal en el *mandado de injunção*

---

<sup>12</sup> «*Mandado de injunção*. Aviso previo proporcional. Constitución, artículo 7, inciso XXI. *Mandado de injunção* propuesto por un empleado despedido, exclusivamente, contra la ex empleadora. Naturaleza del *mandado de injunção*. Se afirmó, en el STF, el entendimiento según el cual, el *mandado de injunção* tiene que dirigirse contra el Poder, órgano, entidad o autoridad que tiene el deber de reglamentar la norma constitucional, no legitimándose «ad causam», pasivamente, en principio, a quien no estuviera obligado a expedir la reglamentación respectiva. No es viable dar curso al *mandado de injunção* por ilegitimidad pasiva, «ad causam», de la ex empleadora del requirente, única que se indica como demandada en la petición inicial. *Mandado de injunção* no conocido (MI 352, Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, juzgado el 04.09.1991, DJ 12.12.1997).

<sup>13</sup> CF, artículo 192, núm. 3. Las tasas de intereses reales, en ellas incluidas las comisiones y cualesquiera otras remuneraciones directa o indirectamente referidas a la concesión del crédito, no podrán ser superiores a doce por ciento al año, la cobranza por encima de este límite será considerada como crimen de usura, punido, en todas sus modalidades, en los términos que la ley determinara (revocado).

<sup>14</sup> MI 335, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 09.08.1991.

<sup>15</sup> *Mandado de injunção* – Límite de la tasa de intereses reales (CF, artículo 192, par. 3) – Congreso Nacional e institución financiera privada – litisconsorcio pasivo improcedente – acción judicial de cobranza ejecutiva – suspensión cautelar no otorgada – decisión inapreciable en sede de agravio reglamentar – La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal se adhirió en el sentido de declarar improcedente el agravio reglamentar contra el despacho del relator que aprecia la medida cautelar en sede de *mandado de injunção* – solamente personas estatales pueden figurar en el polo pasivo de la relación procesal instaurada con la interposición del *mandado de injunção*, he aquí que apenas a ellas es imputable el deber jurídico de emanación de proveimientos normativos – la naturaleza jurídico procesal del instituto de *mandado de injunção* – acción judicial de índole mandamental – inviabiliza, en función de su propio objeto, la formación del litisconsorcio pasivo, necesario o facultativo, entre particulares y estatales (MI 335, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 09.08.1991).

513, relator ministro Mauricio Correa<sup>16</sup>. La cuestión volvió a ser discutida en el *mandado de injunção* 507, ocasión en la que la Corte declaró que en el *mandado de injunção* 513, «con las mismas partes, la misma causa de pedir y el mismo pedido», quedará «decidido que las instituciones financieras no integran la relación jurídica procesal como litisconsortes pasivos necesarios»<sup>17</sup>.

Es interesante que bajo este argumento de que el Poder Público —en casos como los de los *mandados de injunção* que destinaban a regular la norma que limitaba las tasas de intereses de reales en 12% al año— no era sujeto pasivo de la relación de derecho material derivada de la norma constitucional, el Supremo Tribunal Federal concluyó que no sería procedente la estipulación de un plazo que el Congreso Nacional supla la omisión en la que incidirá en la reglamentación del precepto constitucional. Esto sería posible, según la Corte, cuando el Poder Público, al lado de su deber de legislar, fuese también el deudor de la tutela del derecho emergente de la norma constitucional<sup>18</sup>. En esencia, fue lo que se decidió en el *mandado de injunção* 361, en el que se declaró no cabe fijar un plazo para la sustitución de la omisión inconstitucional, cuando el Estado no es sujeto pasivo del derecho constitucional de ejercicio impedido por la ausencia de la norma reglamentaria, ya que ahí no sería posible conminar consecuencias a su continuidad posterior al término final de la dilación afirmada<sup>19</sup>.

Un nuevo y significativo avance se verificó en el juzgamiento del *mandado de injunção* 670, que buscó la promulgación de una norma para dar eficacia al artículo 37, VII<sup>20</sup> de la Constitución Federal que versa sobre el derecho de huelga de los servidores públicos civiles. Esta cuestión ya había sido apreciada por el Supremo Tribunal en varias oportunidades, estableciéndose, inicialmente, el entendimiento de que se debería solo declarar la existencia de una demora legislativa en la promulgación de la norma legislativa<sup>21</sup>, aunque en diversas ocasiones fuese levantada la posibilidad de la aplicación de la ley 7.783/89 —que disciplina la huelga en el sector privado— a los servidores públicos civiles<sup>22</sup>. Sin embargo, en el *mandado de injunção* 670, el Supremo Tribunal Federal fue más lejos. Luego de recordar que la mora legislativa en relación con la cuestión de huelga de los servidores públicos civiles ya había sido declarada en diversas veces, la Corte reconoció que mantener esa situación apuntaría para el riesgo de consolidación de una típica omisión judicial<sup>23</sup>. Se admitió que

<sup>16</sup> MI 513, Pleno, Rel. Min. Mauricio Correa, DJ 19.04.1996.

<sup>17</sup> MI 507, Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, juzgado el 26.05.1997, DJ, 06.04.2001.

<sup>18</sup> MI 472, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, juzgado el 06.09.95, DJ 02.03.2011.

<sup>19</sup> MI 361, Pleno, Rel. p/sentencia Min. Sepúlveda Pertence, DJ 17.06.1994.

<sup>20</sup> CF, artículo 37, VII —el derecho de huelga será ejercido «en los términos y en los límites definidos en ley específica».

<sup>21</sup> MI 20, Pleno Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996.

<sup>22</sup> MI 631, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002.

<sup>23</sup> MI 670, Pleno, Rel. p/sentencia Min. Gilmar Mendes, DJe 31.10.2008.



sería posible pensar, en principio, en la aplicación de la ley 7.783/1989 mientras la omisión no fuese debidamente reglamentada por la ley específica para los servidores públicos civiles.

No obstante, en virtud del principio de continuidad de los servicios públicos, declaró la Corte que no se podría impedir que, de acuerdo con las peculiaridades de cada caso concreto y mediante solicitud de la entidad o del órgano legítimo, fuese facultado al tribunal competente imponer la observancia al régimen de huelga más severo en razón de tratarse de ‘servicios o actividades esenciales’, en los términos del régimen fijado por los artículos 9 a 11 de la ley 7.783/1989<sup>24</sup>. Se estableció, todavía, que «delante de la singularidad del debate constitucional del derecho de huelga de los servidores públicos civiles, bajo pena injustificada e inadmisibles negativa de prestación jurisdiccional en los ámbitos federal, estatal y municipal, se deben fijar también los parámetros institucionales y constitucionales de definición de competencia, provisoria y ampliativa, para la apreciación de disidencia de huelga instaurados entre el Poder Público y los servidores públicos civiles. En el plano procedimental, se figura recomendable aplicar al caso concreto la disciplina de la ley 7.701/1988 (que versa sobre la especialización de las Salas colegiadas de los Tribunales del Trabajo en procesos colectivos), en lo que respecta a la competencia para apreciar y juzgar eventuales conflictos judiciales referentes a la huelga de los servidores públicos que sean suscitados hasta el momento de la complementación legislativa específica de la laguna ahora declarada, en los términos del inciso VII del artículo 37 de la CF<sup>25</sup>. Al final, luego de fijarse el plazo de sesenta días para que el Congreso Nacional legisle sobre la materia, se determinó la aplicación de las Leyes 7.701/1988 y 7.783/1989 a los conflictos y a las acciones judiciales que involucren la interpretación del derecho de huelga de los servidores públicos civiles<sup>26</sup>.

No obstante, fue en el *mandado de injunção* 712 que el Supremo Tribunal Federal pronunció de modo más claro la función que anteriormente se intentaba imprimirle. En este caso la Corte no solo retiró las consecuencias prácticas de la no observancia de una decisión que impone un plazo para legislar, pero dijo expresamente que posee, al decidir el *mandado de injunção*, el poder de proferir una norma jurídica en sustitución a la debida por el legislador, sin que esto pueda representar violación a la independencia y armonía entre los poderes (artículo 20 CF) y a la separación de poderes (artículo 60, núm. 4, III, CF)<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> MI 670, Pleno, Rel. p/sentencia Min. Gilmar Mendes, DJe 31.10.2008.

<sup>25</sup> MI 670, Pleno, Rel. p/sentencia Min. Gilmar Mendes, DJe 31.10.2008.

<sup>26</sup> MI 670, Pleno, Rel. p/sentencia, Min. Gilmar Mendes, DJe 31.10.2008. La misma solución, con idénticos fundamentos, se encuentra en la sentencia proferida en el *mandado de injunção* 708 (MI 708, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes DJe 31.10.2008).

<sup>27</sup> MI 712, Pleno Rel. Min. Eros Grau, DJ 31.10.2008.

Este *mandado de injunção* volvió a tratar de la norma constitucional que garantizó a los servidores públicos civiles el ejercicio del derecho de huelga en los términos y límites definidos en ley (artículo 37, VII, CF). Se concluyó que la norma del artículo 37, VII, de la Constitución Federal exige reglamentación, «a fin de que sea adecuadamente asegurada la cohesión social. La reglamentación del ejercicio del derecho de huelga por los servidores públicos ha de ser peculiar, incluso porque “servicios o actividades esenciales” y “necesidades impostergables de la colectividad” no se sobreponen a “servicios públicos”; y viceversa. De ello, pues, que no debe ser aplicado al ejercicio del derecho de huelga en el ámbito de la Administración solamente lo dispuesto por la Ley n. 7.783/89. A esta Corte se le impone trazar los parámetros atinentes a ese ejercicio»<sup>28</sup>.

En este *mandado de injunção*, la Corte no dudó en declarar que el «argumento de que la Corte estaría próxima a legislar —lo que se consideraría inconcebible, por herir la independencia y armonía entre los poderes (artículo 2, CF), y la separación de poderes (artículo 60, núm. 4, III, CF)— es mandato insubsistente» toda vez que el «Poder Judicial está vinculado por el poder-deber de, en el *mandado de injunção*, formular supletoriamente la norma reglamentadora, de la cual es carente el ordenamiento jurídico», norma esta que no sería «norma de decisión», sino, «texto normativo que faltaba para, en el caso concreto, tornar viable el ejercicio del derecho de huelga de los servidores públicos»<sup>29</sup>. Sin embargo, lo que más importa es que el Tribunal, al frente de la referida fundamentación, permitió al *mandado de injunção* alcanzar el resultado que merece relevar. Se juzgó fundado el *mandado de injunção* «para remover el obstáculo derivado de la omisión legislativa y, supletoriamente, tornar viable el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 37, VII, de la Constitución del Brasil»<sup>30</sup>.

Al juzgar de tal forma, el Supremo Tribunal Federal no se limitó a declarar la mora legislativa o incluso a imponer al legislador la observancia del deber de legislar, ni incluso se restringió a retirar alguna consecuencia de la inercia del legislativo. La Corte emitió la norma faltante, en nítida substitución a la voluntad del legislador y, consecuentemente, tornó viable el ejercicio del derecho de huelga<sup>31</sup>. En este caso, por ende, la Suprema Corte se aproximó a la verdadera razón de ser del *mandado de injunção*: viabilizar el ejercicio del derecho dependiente de la norma faltante.

<sup>28</sup> MI 712, Pleno Rel. Min. Eros Grau, DJ 31.10.2008.

<sup>29</sup> MI 712, Pleno Rel. Min. Eros Grau, DJ 31.10.2008.

<sup>30</sup> MI 712, Pleno Rel. Min. Eros Grau, DJ 31.10.2008.

<sup>31</sup> MI 1967, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27.05.2011.

### 3. Finalidad del *mandado de injunção*

Si el Poder Judicial debe limitarse a declarar la demora del legislador, poniéndole en conocimiento de la misma, el objetivo del *mandado de injunção* está limitado a la declaración de demora en legislar. Si el Poder Judicial, delante del *mandado de injunção* debe tutelar el derecho del cual depende la norma restante, su objetivo es la tutela del derecho dependiente de la norma cuya falta debe suplir el propio Poder Judicial. Sin embargo, si el *mandado de injunção* confiere al Poder Judicial el poder de suprimir la omisión del legislador para tornar ejercible y tutelable jurisdiccionalmente el derecho que de la norma depende, el objetivo del remedio constitucional es solo suplir la falta de la norma imprescindible a la realización del derecho y su tutela jurisdiccional.

Adviértase que la segunda y la tercera opción difiere esencialmente en un punto: en la circunstancia del derecho dependiente de la norma faltante poder ser ejercido sin obstaculización de la parte deudora de la tutela del derecho. Cuando el deudor de la norma es el Congreso Nacional y la deudora de la tutela del derecho es la Unión Federal, el problema es eliminado en virtud de que la Unión, que hasta entonces se resistía en virtud de la omisión legislativa, no tener forma alguna o adicional de cómo oponerse al pleito de la parte. Se trata del caso en el que el Supremo Tribunal Federal, al suplir la falta de la ley exigida por la Constitución, determina, por ejemplo, que la autoridad administrativa analice el pedido de jubilación especial del servidor público portador de la deficiencia física, como ocurrió en el *mandado de injunção* 1967, decidido monocráticamente por el ministro Celso de Mello. Percíbese que, en un caso como este, la autoridad administrativa se rinde a la norma creada por el Poder Judicial, por lo que ni incluso sería necesario ordenarle analizar el pedido de jubilación bajo el temor de que podría no analizarlo voluntariamente.

Además, hay situaciones en las que la mera supresión de la omisión inconstitucional, sea mediante la imposición de resultado por la inobservancia del plazo para legislar o sea por medio de la expedición judicial de una norma jurídica, tutela, por sí sola, el derecho de la parte. Recuérdese como ejemplo de la primera hipótesis, del caso de la inmunidad de las entidades beneficiarias de asistencia social, cuando el Supremo Tribunal Federal, en el *mandado de injunção* 232, determinó al Congreso Nacional la observancia de su deber de legislar derivado del artículo 195, 7 de la Constitución, bajo pena de, vencido aquel plazo, pasar la parte a gozar de la inmunidad requerida. Son ejemplos del segundo caso los *mandados de injunção* 670, 708 y 712, en el que las normas fueron editadas por el Supremo Tribunal Federal para viabilizar el ejercicio del derecho a la huelga. Nótese que estos *mandados de injunção* son efectivos a la tutela o al ejercicio del derecho en virtud de que una y otra no dependieren de prestación, quien quiera que sea, el Estado o el particular.

Si en el *mandado de injunção* el Poder Judicial puede crear la norma restante y otorgar la tutela al derecho prometida por la Constitución, el legislador debería ser llamado al proceso solo para contestar la imprescindibilidad de la norma infraconstitucional o para negar la demora, debiendo también participar del proceso, en la calidad de litisconsorte pasivo o, deudor de la prestación derivada de la remoción de la omisión inconstitucional. Quien debe resistir a la pretensión de tutela del derecho que depende de la norma no es solo el legislador, sino, también —y especialmente— el adversario del titular de la tutela del derecho que se resiente de la norma legislativa existente. De modo que, en tesis, no hay razón para no admitir el *mandado de injunção* de cara al particular, quien, entonces, debe figurar como litisconsorte pasivo necesario.

Mientras tanto, si el uso del *mandado de injunção* contra el particular no es adecuado en razón de principios utilitaristas, mejor sería dejar la práctica forense regular a la situación, admitiéndose, con conciencia y claridad, la supresión de la omisión inconstitucional al frente de quien quiera que sea, mediante cualquier acción jurisdiccional y por cualquier juez.

#### 4. Legitimidad

Conviene analizar, en primer lugar, la legitimidad pasiva en vista de su estrecha vinculación con el objeto del *mandado de injunção* y con la naturaleza de su sentencia de procedencia. Si el objetivo del *mandado de injunção* es la promulgación de una norma judicial en substitución a la norma faltante, el legitimado pasivo es el órgano legislativo competente. Si el *mandado de injunção* va más allá, teniendo el fin de tutelar el derecho dependiente de la norma creada, es legitimado pasivo, además del órgano legislativo competente, aquel que se opone a la tutela del derecho perseguida por el demandante, lo cual debe habilitarlo para figurar como litisconsorte pasivo necesario.

Esclarécese, mientras tanto, que el Supremo Tribunal Federal, en diversos casos, no admitió la participación del particular, conforme se puede verificar, por ejemplo, en las decisiones de segundo grado derivadas de los *mandados de injunção* 335 y 352. En el *mandado de injunção* 335 el Supremo Tribunal Federal razonó a partir de la premisa de que, como solamente los órganos estatales tienen el deber de legislar, solo ellos pueden figurar en el polo pasivo. En el *mandado de injunção* 352, se concluyó que el *mandado de injunção* debe dirigirse contra el Poder, órgano, entidad o autoridad que tiene el deber de reglamentar la norma constitucional, no teniendo legitimidad, en principio, quien no tiene el deber de promulgar o expedir la reglamentación respectiva<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> MI 352, Pleno Rel. Min. Néri da Silveira, juzgado el 04.09.1991, DJ 12.12.1997.

La legitimación activa es del titular del derecho individual dependiente de la norma faltante, de los legitimados a la tutela de los derechos individuales homogéneos y, todavía, de los legitimados a la tutela de los derechos colectivos y difusos. En el caso de los derechos individuales que pueden ser afirmados, en una única acción, mediante el litisconsorcio activo, el representante de los titulares de los derechos individuales puede proponer la acción en nombre de sus representados. El Supremo entiende que las entidades sindicales disponen de la legitimidad activa para la interposición del *mandado de injunção* colectivo, argumentando que este se destina a viabilizar, a favor de los integrantes de las categorías que esas instituciones representan, el ejercicio de libertades, prerrogativas y derechos asegurados por el ordenamiento constitucional<sup>33</sup>.

En el *mandado de injunção* 361, se entendió que la entidad sindical de pequeñas y medianas empresas —notoriamente dependientes del crédito bancario con interés común en la eficacia del artículo 192, 3, de la Constitución, que fijó límites a los intereses en reales— posee legitimidad para el *mandado de injunção* colectivo, aplicándose analógicamente el artículo 5, LXX, de la Constitución Federal<sup>34</sup>. En el *mandado de injunção* 20, de la relatoría del ministro Celso de Mello, se declaró que la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal se afirmara en el sentido de admitir la utilización, por los organismos sindicales y por las entidades de clase, del *mandado de injunção* colectivo con la finalidad de viabilizar, a favor de los miembros o asociados de esas instituciones, el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución<sup>35</sup>.

Tratándose de derecho transindividual —colectivo y difuso—, el Ministerio Público tiene legitimidad en el *mandado de injunção*. En realidad, en el caso de derechos transindividuales, tienen legitimidad todos aquellos que son legitimados a su tutela en virtud del artículo 5 de la Ley de la Acción Civil Pública y del artículo 82 del Código de Defensa del Consumidor. La Constitución Federal, al instituir el *mandado de injunção*, solo asegura la existencia del instrumento procesal hábil a la tutela del derecho dependiente de norma a ser obligatoriamente expedida. No hay alguna restricción a la naturaleza de los derechos, no existiendo afirmación de que solo pueden ser tutelados derechos individuales o de que no pueden ser tutelados derechos transindividuales. Así, como las normas del artículo 5 de la Ley de la Acción Civil Pública y del artículo 82 del Código de Defensa del Consumidor son las que, preocupadas con la efectiva protección de los derechos transindividuales, definen aquellos que para tanto son legitimados, no hay cómo negarles legitimidad a la tutela de derechos transindividuales que dependen de la corrección de la omisión normativa inconstitucional, aunque sea por medio del *mandado de injunção*.

<sup>33</sup> STF, MI 472, Pleno Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.03.2001.

<sup>34</sup> STF, MI 361, Pleno Rel. p/sentencia Min. Sepúlveda Pertence, DJ 17.06.1994.

<sup>35</sup> MI 20, Pleno Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.96.

## 5. Medida cautelar

El Supremo Tribunal Federal entiende caber la medida cautelar en el *mandado de injunção*. Esta posición puede ser ejemplificada mediante la decisión emanada en el *mandado de injunção* 631, de la relatoría del ministro Ilmar Galvão en el siguiente sentido: «Se trata del *mandado de injunção* interpuesto por el Sindicato de Servidores del Poder Judicial del Estado de Mato Grosso do Sul – SINDIJUS/MS contra el Congreso Nacional, por medio del cual requiere que sea garantizada a sus afiliados el derecho de huelga, previsto en el artículo 37, inciso VII, de la Constitución Federal. Pide, además, concesión de la medida liminar para determinar que el Tribunal de Justicia del Estado de Mato Grosso do Sul se «abstenga de iniciar procesos administrativos de descuento en los vencimientos de los servidores de los días de paralización en la huelga ocurrida entre el 29 de mayo y el 14 de junio del 2000». La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal «es firme en cuanto atañe a la improcedencia de la medida cautelar en el *mandado de injunção*», conforme lo decidido en el MI 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D.J. del 25.10.90; y en el MI 313, Rel. Min. Moreira Alves, D.J. 14.05.91. De esta forma, el pedido en estos términos, queda rechazado...»<sup>36</sup>.

No obstante, es cierto que la viabilidad de la medida cautelar depende de lo que se admite que pueda ser hecho por el Poder Judicial mediante el *mandado de injunção*. O mejor: para pensarse en la procedencia de la cautelar, es necesario, antes, individualizar la tutela jurisdiccional final de la acción de injunción. Así, si la tutela final se resume a la declaración de la omisión inconstitucional, seguida del conocimiento del legislador, no se puede admitir una norma jurídica provisoria, en los moldes de la tutela anticipada. No obstante, las cosas cambian totalmente de figura cuando se parte de la premisa de que el Poder Judicial puede retirar del incumplimiento del deber de legislar determinada consecuencia concreta o expedir la norma jurídica faltante y, más aún, cuando se admite que el Tribunal puede tutelar el derecho dependiente de la norma hasta entonces ausente.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de la inmunidad de las entidades beneficiarias de asistencia social, las cuales dependen de reglamentación de lo dispuesto en el núm. 7 del artículo 195 de la Constitución Federal, en el que el Supremo Tribunal declaró, en el *mandado de injunção* 232, la demora del Congreso Nacional a fin de que, en el plazo de seis meses, fuesen adoptadas las providencias legislativas que se imponían para el cumplimiento de la obligación de legislar, bajo pena de, una vez vencido el plazo, sin el cumplimiento de la obligación, «pasase el demandante a

<sup>36</sup> MI 631, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 22.08.2000.

gozar de la inmunidad requerida»<sup>37</sup>. Más emblemático, todavía, es el *mandado de injunção* 712, ya que en esta hipótesis la propia norma faltante fue elaborada por el Poder Judicial. Ahí el Tribunal no solo retiró consecuencias de la no observancia de la decisión, sino, expresamente, asumió el «poder de dictar una norma jurídica» en sustitución a la debida por el legislador, resaltando que esto no representa «violación a la independencia y armonía entre los poderes (artículo 20 CF) y a la separación de los poderes (artículo 60, núm. 4, III, CF)»<sup>38</sup>.

La decisión, en estos dos casos, tiene naturaleza constitutiva. En el *mandado de injunção* 232, la decisión substituyó la voluntad del legislador, o mejor, vale como si fuese la norma legislativa no emitida. Se trata de la decisión que, por su naturaleza, jurídico procesal, se asemeja a la del artículo 466-A del Código de Proceso Civil. Esta regla procesal dice que la sentencia, al reconocer el deber del demandado emitir declaración de voluntad, produce, luego de la cosa juzgada, «todos los efectos de la declaración no emitida». Aunque se pueda decir que la sentencia de este porte tiene naturaleza ejecutiva (y no constitutiva), es indiscutible que tanto la sentencia del artículo 466-A del Código de Proceso Civil, cuanto la decisión final que retira de la no observancia del deber de legislar la propia situación de ventaja que se tendría en caso la norma hubiese sido editada por el legislador, tiene contenido constitutivo, ya que crea una situación jurídica.

Siendo así, importa verificar si es posible la medida cautelar al frente de la decisión final de contenido constitutivo. Está fuera de duda que se admite el proveimiento de aseguramiento —de naturaleza cautelar— delante de la decisión final de naturaleza constitutiva. Se trata de asegurar el derecho que depende de la constitución final.

Hay mayor dificultad teórica cuando se piensa en la medida cautelar de cuño anticipatorio. Voces autorizadas, tanto en el derecho italiano<sup>39</sup>, cuanto en el derecho brasileño<sup>40</sup>, no admiten la anticipación de una constitución, vale decir, una constitución basada en cognición sumaria. No obstante, el verdadero problema no está en la pregunta acerca de la posibilidad de una constitución fundada en cognición sumaria, pero sí en saber si es posible impedir una conducta o autorizar un comportamiento cuya legitimidad depende de la constitución. La cuestión está en saber si es posible anticipar el ejercicio de un derecho que aún depende de una decisión o, mejor, si es viable anticipar el ejercicio de las facultades que están contenidas en el derecho a ser constituido. Esta anticipación, como es evidente, no es

<sup>37</sup> MI 232, Pleno Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.03.1992.

<sup>38</sup> MI 712, Pleno Rel. Min. Eros Grau, DJ 31.10.2008.

<sup>39</sup> CALVOSA, Carlo. I provvedimenti d'urgenza. Novissimo digesto italiano. V. XIV, p. 448 y ss.; Salvatore Satta. Commentario al codice di procedura civile. V. 4, Padua: CEDAM, 1968, p. 270 y ss. V. Gianpiero Samori. «La tutela cautelare dichiarativa». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1995, p. 949 y ss.

<sup>40</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovidio. *Curso de Processo Civil*. V. 3. 3ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 57 y ss.

una simple «constitución provisoria». Realmente, nada puede impedir, en tesis, que una orden prohíba la imposición de sanciones contra la entidad beneficiaria que gozaría de inmunidad en el caso que la decisión final del *mandado de injunção* ya hubiese sido emitida<sup>41</sup>. Del mismo modo, es claramente posible, en sede cautelar, que exista una orden para que la autoridad administrativa se abstenga de imponer sanciones a aquel que estaría usufructuando del derecho en caso que la decisión final ya hubiese sido pronunciada, situación que sucedió en el *mandado de injunção* 631, en el que se requirió medida cautelar (no admitida) para que el Tribunal de Justicia del Estado de Mato Grosso do Sul se abstuviese de la apertura de procesos administrativos para el descuento, de los vencimientos a los servidores, de los días de paralización producto de la huelga»<sup>42</sup>.

## 6. Presupuestos para la concesión del *mandado de injunção*

### 6.1. Deber de legislar

El deber de legislar es visto como presupuesto del *mandado de injunção*. Es claro que importa saber, en este contexto, el significado de este «deber». El Supremo Tribunal Federal entiende que el deber de legislar es la posición que responde al derecho a la emanación de la ley imprescindible a la reglamentación de la norma constitucional, pero advierte que, para la aparición de estas posiciones jurídicas, el propio texto constitucional debe exigir la toma de providencias legislativas, solo ahí surgiendo el deber que tiene el legislador de actuar. Mejor dicho: solo hay deber de legislar, en esta dimensión, cuando la propia norma constitucional carente de reglamentación prevé la actuación del legislador.

La sentencia proferida en el *mandado de injunção* 642 es esclarecedor. Se discutió, en este caso, sobre la admisibilidad de la pretensión a la promulgación de la norma relacionada al artículo 135 del Código de Proceso Civil, que dispone sobre la posibilidad del juez inhibirse por motivo de fuero interno, en los procesos en los que actúe. Se requirió, mediante el *mandado de injunção*, la expedición de una ley para imponer al juez el deber de «declarar el motivo de la naturaleza de la inhibición», creándole la obligación de fundamentar ese juicio y de comprobar las razones que le dan soporte<sup>43</sup>. En este caso, aunque se pudiese suponer que se estaba delante de falta de ley para justificar la inacción del juez y, así, que tal ausencia significaba una negación de tutela normativa al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 5, XXXV, CF), lo que realmente importa es que el Supremo Tribunal

<sup>41</sup> Ver MI 232, Pleno Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.03.1992.

<sup>42</sup> MI 631, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 22.08.2000.

<sup>43</sup> MI 642, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.08.2001.



Federal dejó claro que, para la procedencia del *mandado de injunção*, es necesario que la norma constitucional que fundamenta el alegato de la ausencia de ley, prevea, expresamente, la actuación del legislador. Justificó la sentencia indicando que es necesario tener presente que «el derecho a la legislación solo puede ser invocado por el interesado cuando también existiere —«simultáneamente impuesta por el propio texto constitucional»— «la previsión del deber estatal de emanar normas legales». De ese modo y para que se pueda actuar la norma pertinente al instituto del *mandado de injunção*, se revela esencial que se establezca el necesario correlato entre la imposición constitucional de legislar, de un lado, y el consecuente reconocimiento del derecho público subjetivo a la legislación, de otro, de tal forma que, ausente la obligación jurídico-constitucional de emanar proveimientos legislativos, no se tornará posible imputar el comportamiento moroso al Estado, ni pretender acceso legítimo a la vía de la injunción (MI 463, Rel. Min. Celso de Mello)<sup>44</sup>. Se subrayó, en esta línea, que el demandante no había demostrado «la existencia de alguna regla en el texto constitucional que, «al prever la emanación de norma reglamentaria», instituyese, inmediatamente, a favor del particular, el derecho de este a ver revelados, por el juez que se declare inhibido, por razones del fuero íntimo, los motivos que fundamentaron tal decisión»<sup>45</sup>.

Se discutió un caso similar en el *mandado de injunção* 633, en el que se sustentó que la norma del artículo 10 de la Ley 9.841/99, no obstante exonerar a las microempresas y pequeñas empresas de la recaudación del 30% del valor liquidado por la fiscalización, para fines de interposición del recurso administrativo, estaría dependiendo de la acción del legislador para ser aplicable al demandante. En esta acción constitucional se argumentó que la falta de la ley configura ofensa a las normas constitucionales que consagran la isonomía (CF, artículo 150, II) y a la amplia defensa (CF, artículo 5, LV), postulando la extensión del favor legal en su beneficio<sup>46</sup>.

El *mandado de injunção* tuvo su seguimiento denegado mediante decisión monocrática. Afirmó el ministro Celso de Mello que el demandante no demostró «la existencia, en el texto constitucional, de regla que, al prever la promulgación de norma reglamentaria, instituyese, inmediatamente, a favor del particular, el derecho de este a la legislación estatal concerniente al beneficio legal de la dispensa de la recaudación, para efectos recursales administrativos, del depósito previo del 30% del valor liquidado del tributo para la fiscalización»<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> MI 642, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.08.2001.

<sup>45</sup> MI 642, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.08.2001.

<sup>46</sup> MI 633, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.08.2001.

<sup>47</sup> MI 633, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.08.2001.

Percíbese, efectivamente, que en el *mandado de injunção* 633 no se alegó falta de la ley destinada a reglamentar una norma constitucional que instituyó un derecho, pero sí una omisión en la protección normativa del derecho fundamental a la amplia defensa. Aunque se puedan avizorar trabas para la admisión de la tutela normativa en este caso, lo cierto es que se intentó demostrar que la falta de ley no necesita derivar de la expresa previsión constitucional.

Por lo tanto, considerándose el modo cómo el Supremo Tribunal Federal comprende el «deber de legislar», quedan excluidas las normas constitucionales que, aunque sean carentes de tutela normativa, no prevén la actuación del legislador.

## 6.2. Demora del legislador

El Supremo Tribunal Federal exige, además, la caracterización de la demora del legislador para conceder el *mandado de injunção*. Esto quiere decir que el mero deber de legislar no basta para la procedencia del *mandado de injunção*. Cuando no es establecido en la norma constitucional plazo alguno para legislar, al retardo o atraso le debe ser atribuido un significado, o mejor dicho, debe revelarse la no intención de legislar.

Recuérdese que el artículo 8, núm. 3 del Acto de las Disposiciones Transitorias —objeto de los *mandados de injunção* 283 y 284— afirma que «a los ciudadanos que fueren impedidos de ejercer, en la vía civil, alguna actividad específica, en consecuencia de las Circulares Reservadas del Ministerio de Aeronáutica S-50-GM5, del 19 de junio de 1964 y S-285-GM5 será concedida reparación de naturaleza económica, en la forma que dispusiere la ley de iniciativa del Congreso Nacional y “al entrar en vigor en el plazo de doce meses a contar desde la promulgación de la Constitución”». En el *mandado de injunção* 232, se consideró el artículo 59 del Acto de Disposiciones Transitorias, cuya redacción define el plazo para la presentación de proyectos de ley y plazo para su apreciación por el Congreso Nacional: «Los proyectos de ley relativos a la organización de la seguridad social y a los planos del costeo y de beneficios “serán presentados en el plazo máximo de seis meses” desde la promulgación de la Constitución al Congreso Nacional, que tendrá “seis meses para apreciarlos”».

Cuando la norma constitucional define plazo para la reglamentación, la demora es mera derivación de la superación del plazo fijado, tornándose innecesario investigar si la demora es excesiva o si fuga de lo razonable. La idea de «la superación del plazo razonable», como criterio de caracterización de la demora, solo es aplicable cuando la norma constitucional, aunque previendo necesidades de reglamentación, deja de establecer plazo para la edición de las providencias legislativas. O sea, solo es necesario investigar si la demora es excesiva cuando el plazo no existe. En este

caso, por existir el deber de legislar, pero no existe el plazo para el ejercicio de este deber, se indaga delante de las peculiaridades de la situación concreta, si el tiempo de demora del legislador escapa a lo razonable.

El Supremo alude a la «superación del plazo razonable para la promulgación del acto legislativo». Así, por ejemplo, se afirmó en el *mandado de injunção* 361 que «la mora —que es presupuesto de declaración de inconstitucionalidad de la omisión legislativa— es de ser reconocida, en cada caso, cuando, dado el tiempo transcurrido de la promulgación de la norma constitucional invocada y el relevo de la materia, se deba considerar superado el plazo razonable para la emanación del acto legislativo necesario a la efectividad de la ley fundamental». Al juzgar este caso, adicionó la Corte que, «vencido el tiempo razonable, “ni la existencia del plazo constitucional para el cumplimiento del deber de legislar, ni la pendencia de proyectos de ley tendientes a cumplirlo”, pueden descaracterizar la evidencia de inconstitucionalidad de la persistente omisión de legislar»<sup>48</sup>.

La decisión emitida en el *mandado de injunção* 715 habla de «superación excesiva de plazo razonable» como «criterio de configuración del estado de inercia legiferante», demostrando de forma menuda las razones que justificarían, en el caso, la no superación del plazo razonable<sup>49</sup>. No obstante, al contrario de lo que se declaró en el *mandado de injunção* 361, se entendió que la circunstancia de que los proyectos de ley hayan sido enviados al Congreso, también caracterizaría la demora legislativa.

La remisión del proyecto de ley no constituye coartada del deudor de la norma. Solamente tiene el efecto de exonerarlo de la culpa cuando no existe otro elemento que indique la demora en legislar, como la demora excesiva de las Cámaras legislativas para deliberar y aprobar la norma.

### 6.3. Norma insuficiente y omisión parcial

En caso de existencia de norma insuficiente, comprendida como norma «incapaz» de reglamentar la norma constitucional, cabe el *mandado de injunção* —contrario a lo que podría suponerse—. Es que la norma insuficiente, en este caso, significa falta de norma «necesaria» para dar reglamentación al precedente constitucional y no, obviamente, norma que, habiendo plena y formalmente regulado la norma constitucional, puede contener alguna impropiedad en su sustancia —que no sea de índole constitucional—. O sea, el legislador no se exonera de su deber al promulgar cualquier norma o al instituir una norma que regule apenas parcialmente la norma constitucional.

<sup>48</sup> MI 361, Pleno Rel. p/sentencia, Min. Sepúlveda Pertence, DJ 17.06.1994.

<sup>49</sup> MI 715, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.06.2005.

Recuérdese que se puede hablar de omisión parcial en perspectiva vertical y horizontal. Es cierto que, en tesis, una ley puede reglamentar con mayor o menor intensidad la norma constitucional. Pero, si la ley no es capaz de realizar, en la intensidad «debida» la norma constitucional, ella responde a la Constitución de modo parcial en el sentido vertical. No obstante, la ley aunque sea capaz de responder a la norma constitucional en términos de intensidad, puede atender solo a una parte de sus beneficiarios, cuando existe omisión parcial en sentido horizontal. Así, la ley que prevé el salario mínimo en valor insuficiente a la realización de la norma que garantiza al ciudadano una remuneración digna (artículo 7, IV, CF), representa omisión inconstitucional en sentido vertical, una vez que su previsión es solo parcialmente suficiente para realizar la norma constitucional. No obstante, si la ley no considera al grupo o categoría que es beneficiaria de la norma constitucional, existe omisión inconstitucional en sentido horizontal<sup>50</sup>.

La insuficiencia de la ley para dar cuenta de la norma constitucional podría hacer pensar en una ley simplemente inconstitucional. No obstante, al declararse la inconstitucionalidad de la ley que es insuficiente a la tutela de la norma constitucional, se deja de tener la poca protección que la ley otorgó a la Constitución. Lo mismo ocurre cuando la ley, dando la debida atención a determinado grupo, olvida otro que merecería igual beneficio de acuerdo con la norma constitucional tutelada. La declaración de inconstitucionalidad excluiría la protección debida y conferida al grupo, reduciéndose a una curiosa declaración de inconstitucionalidad, cuya función sería solo retirar de una categoría un beneficio que le fuere otorgado por la Constitución. De modo que la declaración de inconstitucionalidad, en estas hipótesis, no constituye solución adecuada. Hay que preservarse la tutela de la norma constitucional, aunque sea insuficiente o indebidamente limitada a determinado grupo o categoría, debiendo el Poder Judicial ahí ver la «inconstitucionalidad por omisión» y admitir, cuando fuere el caso, el empleo del *mandado de injunção*.

Adviértase, sin embargo, que el Supremo Tribunal Federal, en el *mandado de injunção* 81, no admitió el uso del *mandado de injunção* en caso en el que había una ley que protegía insuficientemente la norma constitucional, viendo ahí la inconstitucionalidad por acción, a repeler la utilización del *mandado de injunção*. Declaró la Corte, en este caso, que el «*mandado de injunção* no constituye, dada su principal función jurídico procesal, sucedáneo de acción judicial que objective, mediante la alteración de la ley ya existente, el aumento de los vencimientos debidos a los servidores públicos», toda vez que «fuga al ámbito de su finalidad corregir alguna eventual inconstitucionalidad que debilite la validez del acto estatal en vigor»<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> ADI 1442, Pleno Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.04.2005.

<sup>51</sup> MI 81, Pleno Rel. Min. Celso de Mello, DJ 25.05.1990.

#### 6.4. Norma no autoaplicable

Parece evidente que la norma constitucional, para dar cuerpo al uso de la acción de injunción, no puede ser autoaplicable. Al ser dotada de esta condición, no hay razón para reclamar providencia legislativa y, así, juzgarse un *mandado de injunção* por manifiesta carencia de interés para obrar.

Como es obvio, el hecho de que alguien —particular o autoridad estatal— se resistiera a la aplicación de la norma no la torna no autoaplicable. Esto significa que, delante de la norma constitucional autoaplicable no aplicada, el interesado no puede proponer *mandado de injunção*<sup>52</sup>, sino, solamente y, si fuera el caso, mandato de seguridad.

De tal suerte, en el *mandado de injunção* 97, el Supremo Tribunal decidió que la norma del artículo 47 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias, al instituir derecho a la amnistía de la corrección monetaria de deuda de microempresas, no depende de norma reglamentaria capaz de viabilizar su ejercicio y, así, no abre posibilidad para el *mandato de injunción*<sup>53</sup>.

#### 6.5. Norma amparada por la Constitución, promulgación sobreviniente de la norma y envío del proyecto de ley

Además de no existir interés para obrar cuando la norma es autoaplicable, hay otras situaciones en las que tal forma de interés tampoco está presente.

Supóngase que, luego del juzgamiento del *mandado de injunção*, el Supremo Tribunal Federal reconozca que determinada ley, que reglamenta la situación puesta en la norma constitucional, fue recibida por la Constitución. En una situación de esta envergadura, hay pérdida sobreviniente del interés para obrar. Hay una situación similar en el caso en el que, posterior a la proposición del *mandado de injunção*, se emite una norma que viabiliza el ejercicio del derecho.

Además de esto, ya proclamó el Supremo Tribunal Federal que si el Ejecutivo envía un mensaje con el proyecto de ley al Congreso o es presentado el proyecto de ley al Senado o a la Cámara, no cabe *mandado de injunção*. No obstante, recientemente, al juzgar la acción directa de inconstitucionalidad por omisión 3682, afirmó la Corte, al tratar de la reglamentación del artículo 18, núm. 4 de la Constitución Federal, que, al margen de existir en el Congreso Nacional diversos proyectos de ley presentados visando a la reglamentación de esta norma, «es posible constatar la omisión inconstitucional en cuanto a la efectiva deliberación y aprobación de la ley complementaria en referencia.

<sup>52</sup> MI 16, Pleno Rel. Min. Djaci Falcão, DJ 04.11.1988.

<sup>53</sup> MI 97, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches DJ 23.03.1990.

Las peculiaridades de la actividad parlamentaria que afectan de forma inexorable al proceso legislativo, no justifican una conducta manifiestamente negligente o desidiosa de las Cámaras legislativas, conducta esta que puede poner en riesgo la propia orden constitucional. La *inertia deliberandi* de las Cámaras legislativas puede ser objeto de acción directa de inconstitucionalidad por omisión»<sup>54</sup>.

Esto significa que el envío del proyecto de ley no puede ser visto como mecanismo de exoneración de culpa del legislador. La presentación del proyecto de ley solamente tiene el efecto de excusar al legislador cuando no hay nada que indique, de otra parte, la falta de intención o inercia en legislar, como la demora excesiva de la Cámara legislativa para decidir (*inertia deliberandi*).

## 7. Efectos de la decisión

La decisión proferida en el *mandado de injunção* produce cosa juzgada para las partes. No hay cosa juzgada con efectos para todos o *erga omnes*. Esto es mera derivación o consecuencia de la parte, en el *mandado de injunção*, pedir la tutela de posición jurídica individual.

Pero, la circunstancia que la cosa juzgada sea *inter partes*, ciertamente no inhibe o imposibilita la eficacia vinculante del precedente. La decisión proferida por el Supremo Tribunal en *mandado de injunção*, como toda y cualquier decisión por este proferida en control difuso, obviamente constituye precedente. Ahora, el simple hecho de ser un precedente de la Corte incumbida en tutelar la Constitución, le otorga la llamada eficacia vinculante, ya que ninguna decisión de la Suprema Corte, por mera lógica, puede ser inobservada por tribunal alguno. Poco importa, así, que nada se diga en el plano normativo, acerca de la eficacia vinculante de la decisión del *mandado de injunção*, incluso porque esto equivaldría a sobredimensionar algo que es simple y obvio.

Los fundamentos del dispositivo de la decisión, hermanados para formar la *ratio decidendi* o los motivos determinantes, contribuyen para evidenciar de qué forma se da la obligatoriedad del respeto al precedente. De acuerdo con la actual jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, la decisión de procedencia, en el *mandado de injunção*, a partir de la norma constitucional que se alega carente de reglamentación, declara el deber de legislar así como la demora del legislador y constituye la norma faltante. Así, no solo constituye motivo determinante de la decisión el deber de legislar y la demora en relación con la norma constitucional del artículo «X», sino, también, la propia norma elaborada por la Corte. Esto significa que, en los próximos *mandados de injunção* involucrando la necesidad de reglamentación de la misma

<sup>54</sup> ADI 3682, Pleno Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 06.09.2007.

norma, el Supremo estará, en principio, obligado de cara a su decisión pretérita, pudiendo alterarla solo al reconocer necesidades anteriormente no vislumbradas.

Sin embargo, la norma elaborada por el Supremo en el *mandado de injunção* «y», relativa a las partes determinadas, deberá ser utilizada en los demás juicios y tribunales siempre que, en un caso conflictivo concreto, se reclamara contra la no reglamentación de la misma norma constitucional. Existe aquí eficacia vinculante vertical, salvo consideración diversa.

Adviértase, por ende, que aquel que se resguarda en norma constitucional para ejercer el derecho puede y debe valerse de la norma judicial elaborada en el precedente constitucional que la reglamentó como fundamento de la acción directa propuesta de cara a aquel que es sujeto pasivo de la relación sustancial. Así, por ejemplo, en el caso de la jubilación especial del servidor público portador de deficiencia física, es posible, en el caso de resistencia de la autoridad administrativa, proponer acción, en primer grado de jurisdicción, de cara a la autoridad responsable por la aplicación de la norma, siendo irracional pensar no solo que el juez de primer grado no observará el precedente constitucional, sino, también, que es necesario otro *mandado de injunção* en el Supremo Tribunal Federal.

La situación, bien vistas las cosas, es similar a la del *mandado de injunção* 284, en el que el Supremo Tribunal observó que, en virtud de haber filtrado el plazo impuesto en el *mandado de injunção* 283, tiene el interesado el poder de proponer, sin la necesidad de otro *mandado de injunção*, la acción de daños y perjuicios. Se registró, en la ocasión, que aunque previamente comunicado en el *mandado de injunção* 283, el Congreso Nacional se abstuvo de cumplir la obligación que le fue constitucionalmente impuesta, lo que torna prescindible una nueva comunicación al legislador y asegura la posibilidad de juzgamiento, en los términos del derecho común u ordinario, «de la acción de reparación de naturaleza económica instituida a su favor por el precepto transitorio»<sup>55</sup>.

## **8. El *mandado de injunção* suple la falta de ley ante un caso conflictivo concreto**

Es completamente equivocado suponer que una Constitución pueda carecer de una norma infraconstitucional solo cuando determinadas normas constitucionales recordaron de preverlo de tal forma. El legislador tiene el deber de tutelar y concretar los derechos fundamentales. Las prestaciones normativas no siempre se agotan como prestaciones de protección, pues la norma también puede constituir autorización para prestaciones fácticas realizadoras de los derechos sociales

<sup>55</sup> MI 284, Pleno Rel. p/sentencia Min. Celso de Mello DJ 26.06.1992.

o incluso representar a la institución de prestaciones de participación en la cosa pública. Percíbase, respectivamente, que una norma infraconstitucional puede, i) impedir la construcción de edificios al margen del río; ii) autorizar la entrega de determinados remedios a la población necesitada y, todavía, iii) instituir conductos, procedimientos y cargos para la participación popular en las actividades públicas. En estas hipótesis el Estado se manifiesta para dejar de incumbirse de i) prestación de protección, ii) de prestación fáctica de cuño social y de, iii) prestación de participación, aunque todas estas prestaciones, en un sentido amplio, puedan ser vistas como derivaciones del deber estatal de promulgar normas.

Así, no hay cómo pensar que el deber de legislar deriva únicamente de la presencia en determinadas normas constitucionales, de la imposición de reglamentación. Es cierto que tanto las normas constitucionales consideradas de «organización» —como la del artículo 178 (la ley dispondrá sobre el ordenamiento de los transportes aéreo, acuático y terrestre) — cuanto las normas que propiamente definen derechos —como la del artículo 7, IX (son derechos de los trabajadores, además de otros, la participación en las utilidades o resultados, conforme definidos en ley)— dan origen a casos de omisión inconstitucional delante de la inacción del legislador, pero ciertamente no son solo estas situaciones que exigen del Poder Judicial providencias delante de la falta de la actuación legislativa.

Sin embargo, ahí no solo existe la falta de percepción de que otras normas constitucionales, que no son impositivas del deber de legislar, carecen de providencias legislativas, como también la no atención a la circunstancia de que el *mandado de injunção* objetiva a garantizar el «ejercicio del derecho» dependiente de la norma reguladora, al paso que los derechos fundamentales pueden necesitar de normas infraconstitucionales dirigidas, especialmente, a «imponer conductas negativas o positivas». Del mismo modo que el derecho fundamental a la salud impone la emisión de normas que autoricen la entrega de remedios a la población carente, generando derecho a la obtención de estos remedios, el derecho fundamental al ambiente exige normas que impongan conductas negativas o positivas para que el ambiente sea preservado, haciendo surgir a los sujetos privados el deber de observarlas.

Si es que no hay duda de que la falta de ley no tiene exclusiva relación de causalidad con la expresa imposición constitucional de deber de legislar y que el *mandado de injunção* no es suficiente para dar tutela a las variadas situaciones carentes de norma infraconstitucional, existirá una gama de situaciones que quedarían en el limbo en caso no se admitiese a los jueces y tribunales ordinarios substituir la omisión constitucional en el caso concreto que les es presentado, ejerciendo nítido control incidental de inconstitucionalidad por omisión.



Así, la única cuestión que debe preocupar, a esta altura, es saber si las situaciones tutelables vía *mandado de injunção* también pueden ser tuteladas mediante una acción propuesta de cara al otro sujeto de la relación sustancial que carece de actuación legislativa. O mejor dicho, se indaga si el titular del derecho que para ser ejercido depende de norma alguna, en los términos de la previsión constitucional, y que es tutelable mediante *mandado de injunção*, puede proponer contra aquel que tiene el deber derivado de la emisión de la norma faltante.

En junio de 2011, el Pleno del Supremo Tribunal Federal suspendió el juzgamiento de los *mandados de injunção* 943, 1010, 1074 y 1090, que se destinaban a la satisfacción del derecho asegurado por el artículo 7, XXI, de la Constitución Federal —aviso previo proporcional al tiempo de servicio—. La suspensión del juzgamiento se dio para que la Corte pudiese elaborar la norma faltante, dándose, de tal forma, continuidad al pensamiento que se afirmó en los *mandados de injunção* 670, 708 y 712. En el *mandado de injunção* 943, la Compañía Valle del Río Dulce figura como litisconsorte pasivo del Poder gravado con el deber de legislar.

En caso la decisión, en el *mandado de injunção*, no pueda superar el límite de la elaboración judicial de la norma, no habiendo condiciones de viabilizar el alcance de la tutela del derecho material, no hay razón para no admitir la proposición de acción directa contra aquel que resiste a la pretensión de tutela del derecho material, requiriéndose, así, el control de la inconstitucionalidad por omisión en la forma incidental a la solución del caso conflictivo.

En estas condiciones, el *mandado de injunção*, en términos de funcionalidad práctica, pierde vigor. Sin embargo, queda expedito como medio alternativo a quien desea solo la emisión de la norma judicial reguladora o prefiere socorrerse, desde luego, en el Supremo Tribunal Federal. A propósito, el *mandado de injunção*, en vista de la tesis de que el precedente constitucional se impone a los demás jueces y tribunales, posee efecto práctico distinto de aquel que puede ser obtenido mediante acción común, en el que se busca la tutela del derecho material. La decisión emitida en el *mandado de injunção*, por tener efectos vinculantes, obligará inmediatamente, ofreciendo una gran ventaja cuando son varios los titulares del derecho que están bajo el abrigo del demandante del *mandado de injunção*.