

A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISIÓN NO BRASIL

José Julio Fernández Rodríguez
Área de Dereito Constitucional
Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. O CONTROL DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.
- III. A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISIÓN NO ORDENAMENTO BRASILEIRO:
 - 1. Antecedentes e aparición.
 - 2. A actual regulación:
 - A) *O artigo 103.2 da Constitución.*
 - B) *Concepto e natureza do control.*
 - C) *Tipos.*
 - D) *Lexitimación activa.*
 - E) *Efectos da declaración de inconstitucionalidade por omisión.*
- IV. O «MANDADO DE INJUNÇÃO».
 - 1. A regulación constitucional.
 - 2. Breve alusión á orixe do instituto.
 - 3. Concepto, obxecto e lexitimación activa.
- V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Resulta cando menos sorprendente a escasa atención que, a tódolos niveis, se lle ten prestado ó instituto da omisión inconstitucional, esto é, da posible vulneración da Carta Magna por inactividade do poder lexislativo, e iso a pesar da indubidable transcendencia que a figura posúe e das potencialidades que contén, á marxe de atopar fundamento, cremos, nunha sólida argumentación de índole técnico-xurídica.

Este escaso interese amósase especialmente intenso no noso país (1) polo que é axeitado acudir ó exemplo do Dereito Comparado para comezar a ter conciencia da necesidade de reflexionar en España sobre o mesmo. Pero antes de expoñe-lo caso brasileiro entendemos que resulta adecuado ofrecer unhas breves consideracións propias sobre a materia.

Neste senso, conceptualizámo-la figura como *a falta de desenvolvemento por parte do poder lexislativo, durante un tempo excesivamente longo, daquelas normas constitucionais de obrigatorio desenvolvemento, de forma tal que se impide a súa eficaz aplicación* (2). A concorrencia dos distintos elementos que acabamos de plasmar (inacción do poder lexislativo, transcurso dun importante período temporal, concreta esixencia constitucional de actuar e ineficacia) é imprescindible para a configuración dunha situación verdadeiramente inconstitucional, que vaia máis alá da simple ausencia de normativa que non suporía unha agresión á Lei Fundamental.

A necesidade de manter un carácter aberto, que poida ser concretado en cada momento histórico e aceptado por tendencias ideolóxicas de distinto signo, e a imposibilidade de regulacións exhaustivas que esgoten materias (3), trae como resultado a existencia na Constitución de auténticas encargas ó lexislador. Unhas encargas que se traducen nunha concreta obriga de actuar que pesa sobre o lexislador ordinario, a cal é distinta da xenérica obriga de lexislar. O lexislador non posúe liberdade respecto ó *an*, é dicir, non pode decidir se realiza ou non a normativa de desenvolvemento, xa que ten que

-
- (1) Á marxe dalgunha que outra referencia en libros xerais ou traballos que abordan materias conexas coa figura, practicamente só atopamos tres pequenos artigos: AGUIAR DE LUQUE, Luis, «El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión», *Revista de Derecho Político*, nº 24, 1987, páxs. 11 e ss.; AHUMADA RUIZ, M^a de los Ángeles, «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 8, xaneiro-abril 1991, páxs. 169 e ss.; FIGUERUELO BURRIEZA, Angela, «La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo», *Revista de Estudios Políticos*, nº 81, xuño-setembro 1993, páxs. 47 e ss.
- (2) O concepto da «inconstitucionalidade por omissão» brasileiro non coincide co noso dado que é moito máis amplo, tal e como veremos máis abaixo.
- (3) A Lei Fundamental, como afirma STERN referíndose ó sentido, contido e función da mesma, inicia, dirixe e limita a actividade do lexislador ordinario, pero non a consome (STERN, Klaus, *Derecho de Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, páx. 224).

actuar de xeito preceptivo. En cambio, si é posible afirmar que é libre en relación ó *quando*, aínda que o exercicio desa liberdade ten que facerse razoablemente para non dilatar no tempo e, ó cabo, frustra-lo proxecto constitucional.

As normas da Carta Magna que conteñen tales encargos non son simples principios programáticos senón que son verdadeiras normas xurídicas, cunha natureza que se identifica, entre outros riscos, pola eficacia limitada que posúen por si soas. Desta forma, un incumprimento da obriga de legislar que conteñen estas normas constitucionais provoca a ineficacia de semellantes preceptos da Lei Fundamental, que, co paso do tempo, devén en inconstitucional.

Como pode verse, a idea de ineficacia xoga un papel esencial na nosa construción deste instituto. Incluso poderíamos dividi-las normas da Lei Básica, aínda conscientes de incorreremos nunha xeneralización demasiado simplista, en normas de eficacia limitada e normas de eficacia plena. Só respecto das primeiras se podería da-lo fenómeno da inconstitucionalidade por omisión, á marxe da súa aplicabilidade inmediata ou non, o cal cremos que é unha cuestión diferente, malia que o problema se agudice nun precepto que non posúa semellante aplicabilidade inmediata. Así mesmo, tamén resulta esencial o transcurso dun período de tempo excesivo, co que se lle proporciona á figura unha dose de relatividade que terá que ser emendada polo hipotético órgano fiscalizador en cada caso que aborde, atendendo á relevancia e transcendencia xurídica, política e social do precepto non desenvolvido.

A doutrina ten feito diferentes presentacións da problemática apuntada. O punto de partida son concepcións distintas da natureza do fenómeno, concepcións de maior ou menor amplitude respecto da exposta agora sucintamente por nós. A diversidade atópase incluso na mesma denominación que se lles dá ós preceptos constitucionais que reclaman un concreto desenvolvemento ulterior. Desta forma GOMES CANOTILHO fala de *imposições constitucionais* e de *ordens de legislar* (4); MIRANDA de *norma constitucional*

(4) GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional*, Almedina, 6ª ed., Coimbra, 1993, páxs. 1089-1090.

não exequível por si mesma (5); RUBIO LLORENTE de *mandatos al legislador* (6); mentres que *Verfassungsauftrag* (7), *Gesetzgebungsgebot* (8) e *Gesetzgebungsaufrag* (9) son as denominacións máis estendidas en Alemaña. Á marxe destas cuestións conceptuais a extensión que se lle dá ó instituto non se cingue en ocasións á inercia do poder lexislativo, senón que se predica tamén doutros poderes públicos. Unha postura deste tipo, como veremos, achámola no Dereito positivo brasileiro. Deste xeito, pódese distinguir unha concepción estricta do fenómeno, que é a ofrecida por nós con anterioridade, e unha ampla, que abarcaría a inacción dos poderes públicos en xeral.

Unha das cuestións con maior peso específico dentro das dificultades que xera a institución está constituída pola súa posible articulación práctica. É facilmente perceptible que unha figura cuns trazos como os da que estamos a considerar non pode atopar unha solución práctica clara e rotunda a través dos esquemas comúns que vertebran os mecanismos tradicionais do Dereito Constitucional. En todo o ordenamento xurídico o trato que recibe a inactividade é especial, non encadrable na regulación da conducta activa. Isto quizais teña que ser máis patente no terreo do constitucional, dada a trascendencia e as implicacións diversas que nel atopamos, ademais da poderosa conveniencia política, disfuncional en máis dunha ocasión.

É necesario subliñar que de pouco serve configura-la omisión lexislativa respecto dos concretos encargos da Lei Fundamental como inconstitucional se non se constrúe un sistema de control que lle dea unha mínima eficacia. É un desatino unha institución xurídica sen efectividade (10). Rematará por

(5) MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, vol. II, páx. 518.

(6) RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, páx. 95.

(7) DENNINGER, E., «Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt», *Juristische Wochenschrift*, 1967, páxs. 767 y ss.

(8) SEUFERT, Leo, *Die nicht erfüllte Gesetzgebungsgebote des Grundgesetzes und ihre verfassungsgerichtliche Durchsetzung. Ein Beitrag zum Problem gesetzgeberischen Unterlassens*, Würzburg, 1969.

(9) WIENHOLTZ, E., *Normative Verfassung und Gesetzgebung. Die Verwirklichung von Gesetzgebungsaufrägen des Bonner Grundgesetzes*, Freiburg, 1968.

(10) Aínda que MIRANDA opina que «nem a virtual inefectividade da decisão de fiscalização afecta o sentido jurídico do instituto», MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, op. cit.*, vol. II, páx. 517.

desaparecer ó sumirse nun plano simplemente testemuñal, plano que choca de raíz coa axilidade práctica que reclaman de principio os institutos do Dereito Constitucional, á marxe da súa maior ou menor complexidade e das súas conexións ineluctables co político. Da mesma maneira, a súa difícil articulación práctica non debe levar a un inicial rechazo que evite toda argumentación técnico-xurídica. Tales dificultades teñen que resolverse con análises máis finas e con técnicas máis perfectas e non con conscientes evasións. A ciencia xurídica avanza enfrentándose ós puntos problemáticos e non sorteándoos.

Respecto da específica cuestión da virtualidade práctica da figura, atopamos dúas posturas globais: unha que a ve viable, outra que non. Así, entre os últimos atopámonos con KELSEN que indica: «La constitución que regula la producción de normas generales puede determinar también el contenido de las futuras leyes, y las constituciones positivas lo hacen no poco frecuentemente, al prescribir o excluir ciertos contenidos. En el primer caso, sólo se da una promesa de promulgación de leyes, sin existir ninguna obligación de hacerlo, dado que, *inclusive por razones técnico-jurídicas, sería difícil enlazar una sanción a la falta de leyes del contenido prescripto*» (cursivas nosas) (11). Entre os autores que defenden a posibilidade de fiscalización atopamos, á súa vez, dúas posicións: uns, como MIRANDA ou Afonso DA SILVA (12), argüen que a solución está máis nò dominio do político ca no do xurídico; outros, entre os que sobresaé MORTATI (13), apostan por un tratamento estrictamente xurídico. A nosa postura incardinase nesta última posición.

En liñas xerais, e como un simple esbozo do que pode ser un estudio moito máis amplo, dentro dun sistema de control da constitucionalidade de signo concentrado, pode falarse de tres grandes formas que tería o órgano de xustiza constitucional para resolve-la problemática. Desta maneira, unha

(11) KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa, México, 1991, pág. 234.

(12) «A omissão se revela uma *questão política*, que escapa à apreciação jurídica», DA SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1982, pág. 118.

(13) MORTATI, Constantino, «Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamento omissivi del legislatore», en *Problema di Diritto Pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di Scritti*, Giuffrè, Milano, 1972, pág. 923 y ss.

é dicta-la norma legal que esixe o encargo constitucional, cunha vixencia que chegaría á súa fin cando o órgano lexislativo emanase a disposición á que se atopa obrigado por esa norma constitucional incompleta. Esta solución pon máis que en cuestión a separación de poderes e o reparto de funcións actualmente existente nos organigramas estatais. Outra solución consistiría en que o Alto Tribunal ordenase o dictado da lei de desenvolvemento constitucional. Unha variante sería a recomendación ó lexislador no sentido da conveniencia de dictala, que é a fórmula máis exitosa no Dereito Comparado. En terceiro e derradeiro lugar, o Tribunal podería solucionar-lo caso concreto de acordo coas previsións constitucionais, integrando a lagoa no suposto de existir. Esta última solución é acumulable á anterior e resulta totalmente procedente cando se produciu unha vulneración dun dereito fundamental por inercia do poder lexislativo.

Plasmadas sumariamente parte das nosas ideas respecto ó tema, procede agora aborda-lo caso do ordenamento brasileiro, un dos poucos que recollen de maneira expresa a violación da Norma Básica por omisión. É habitual no noso país acudir ó exemplo doutros ordenamentos buscando datos que poidan servir para a reflexión e que sexan de utilidade á problemática española, aínda que tamén se atopan traballos que soamente perseguen informar e cultivar sen ningunha outra pretensión, o cal pode resultar, en casos extremos, unha errónea concepción do que pretende e persegue esa específica área que coñecemos co nome de Dereito Comparado.

II. O CONTROL DA CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.

É un feito incontestable o importante auxe dos estudos de Dereito Constitucional que se está a producir no dito país de Iberoamérica. E isto, tanto dende o punto de vista cuantitativo como cualitativo. Neste crecemento xogou un papel de relevo, sen ningún xénero de dúbidas, a aprobación no ano 1988 dunha nova Constitución, un texto que tratou de incorporar novidosos mecanismos que permiten situala, tecnicamente falando, entre as máis avanzadas do mundo. Aínda que, claro está, de pouco serve unha regulación eloxiosa dende a perspectiva da protección dos dereitos dos cidadáns, se no momento da vertente práctica a utilidade e a eficacia son infinitamente menores das que nun principio cabería agardar. Non en van

non resulta tan fóra de lugar a pregunta que se fai KRIELE: «¿No se basa también la validez del Derecho en su eficacia?» (14).

A axitada evolución política do Brasil tivo o seu lóxico reflexo na historia do constitucionalismo dese país, especialmente neste século, que se amosa como un devir un tanto incontrolado de Constitucións. Esta axitación, polo demais nada estraña a América Latina, levou a afirmar a BONAVIDES e a PAES DE ANDRADE que «o problema constitucional do Brasil passa por una enorme contradición entre a constitucionalidade formal e a constitucionalidade material. Um problema de tamaña magnitude, por sua vez, envolve toda a cuestión do poder constituínte, o qual já não pode ser visto nem explicado unicamente à luz dos ensinamentos tradicionais do Direito Constitucional clásico» (15). Tras un longo período de goberno monárquico, no cal atopamos unha certa estabilidade política, prodúcese o advento do réxime republicano (1889) que trae consigo a estruturación federal do país. A axitación irá en aumento no presente século ata chega-lo exército á asunción do poder en 1964.

A fin en 1984 de vinte anos de autoritarismo coa masiva participación na elección directa do presidente da República posibilitou a apertura do período de elaboración do actual texto fundamental, fillo dun intenso proceso constituínte dirixido pola batuta de Ulysses GUIMARÃES e auspiciado polos presidentes Tancredo NEVES, prontamente fenecido, e José SARNEY, reinstaurándose así os principios democrático e de participación popular. O 15 de novembro de 1986 teñen lugar eleccións constituíntes das que nace unha Asemblea que elaborará o actual texto constitucional.

A Constitución da República Federativa do Brasil do 5 de outubro de 1988 é, en palabras de Afonso DA SILVA, « un texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro» (16). Noutra obra este mesmo autor estende a súa importancia a nivel mundial (17). A

(14) KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 17.

(15) BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE, Antônio, *História constitucional do Brasil*, Paz e Terra, 3ª ed., 1991, São Paulo, pág. 9.

(16) DA SILVA, José Afonso, «O sistema constitucional do Brasil», na obra colectiva coordinada por FERNÁNDEZ SEGADO, GARCÍA BELAUNDE e HERNÁNDEZ VALLE *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Dykinson, Madrid, 1992, pág. 133.

(17) DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros, 8ª ed., São Paulo, 1992, pág. 82.

forma de Estado que establece é a federal, e a forma de goberno, a república presidencialista. Os principios que vertebran esta Carta Magna, á marxe do federal e do republicano, son o da división de poderes, o do Estado Democrático de Dereito e o democrático. Así mesmo, existe unha importante parte dedicada ós dereitos fundamentais, a cal posúe singular peso específico na estrutura da Constitución, ademais de predicarse a súa aplicabilidade inmediata (art. 5 § 6). Como vemos, trátase de principios e postulados moi subscribíbles, aínda que outra cousa será, como xa indicamos, a súa aplicación real e efectiva.

Ata a data producíronse dous grupos de reformas da Lei Fundamental. O primeiro, baseado nas facultades de emenda que recolle o art. 60 da Carta Magna, deu lugar a catro emendas constitucionais (18). O segundo, fundamentado no poder de revisión do art. 3 d «Ato das Disposicións Constitucionais Transitórias», orixinou, á súa vez, seis emendas constitucionais de revisión, un resultado pobre tendo en conta o que podería agardarse *a priori*, pero que quizais atope o seu motivo na axitación política causada polos escándalos de corrupción ó máis alto nivel (19).

En canto ó control da constitucionalidade o sistema presenta elementos propios do método difuso e propios do concentrado. Desta maneira, calquera tribunal pode decidi-lo tema da constitucionalidade «por vía de excepción», é dicir, tras argumentación do demandado na súa defensa, co que se imposibilita o control de oficio e instáurase a presunción de constitucionalidade. A declaración de inconstitucionalidade soamente pode ser tomada polo voto da maioría absoluta dos integrantes do tribunal ou do seu órgano especial (art. 97 da Constitución). A decisión pode ser levada ó Supremo Tribunal Federal a través do recurso extraordinario (art. 102.III do mesmo texto legal). Ademais, e como trazo propio dun sistema concentrado, establécese unha

(18) Emenda Constitucional nº 1 do 31 de marzo de 1992 (publicada no *Diário Oficial da União* o 6 de abril de 1992), Emenda Constitucional nº 2 do 25 de agosto de 1992 (*Diário Oficial da União* do 1 de setembro de 1992), Emenda Constitucional nº 3 do 17 de marzo de 1993 (*Diário Oficial da União* do 18 de marzo de 1993), Emenda Constitucional nº 4 do 14 de setembro de 1993 (*Diário Oficial da União* do 15 de setembro de 1993).

(19) Emenda Constitucional de Revisión nº 1 do 1 de marzo de 1994 (publicada no *Diário Oficial da União* o 2 de marzo de 1994), emendas constitucionais de revisión números 2, 3, 4, 5 e 6 de 7 de xuño de 1994 (*Diário Oficial da União* de 9 de xuño de 1994).

acción directa de inconstitucionalidade ante o Supremo Tribunal Federal (art. 102.I), ó cal lle compete principalmente, en palabras da propia Carta Magna parafraseando a Carl SCHMITT, a garda da Constitución. Á marxe destas competencias, e tamén dentro da xenérica xurisdicción do Supremo Tribunal Federal con control de constitucionalidade, está o art. 103 § 2º que recolle a figura da inconstitucionalidade por omisión, na que nos deteremos no apartado seguinte do presente traballo. Este Supremo Tribunal Federal, cabeza do Poder Xudicial brasileiro, posúe así mesmo outras importantes funcións referidas á protección dos dereitos fundamentais (*habeas corpus*, *habeas data*, *mandado de segurança*, *mandado de injunção*) e destacadas competencias que non entran no campo do control de constitucionalidade. Todo isto configúrao como un dos órganos esenciais no funcionamento do actual sistema político do país carioca.

III. A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISIÓN NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.

1. Antecedentes e aparición.

A presenza desta institución no Dereito brasileiro sufriu, sen dúbida, a influencia do ordenamento portugués, aínda que esa influencia non tivo o suficiente peso como para evita-la existencia de destacadas diferencias entre unha e outra regulación (20), diferencias que non só fan referencia á extensión do fenómeno senón tamén ás instancias lexitimadas e ós efectos da declaración dun suposto de omisión inconstitucional. No nivel doutrinal, o influxo e a presenza de citas dos importantes autores portugueses tamén é destacable, aínda que, iso si, con intentos de adapta-la sólida doutrina lusa á amplitude da omisión no Dereito brasileiro (21).

(20) O vixente art. 283 da Constitución lusa reza do seguinte xeito:

«1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autônomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente».

(21) Así, *ad exemplum*, têmo-lo caso de RODRIGUES MACHADO, Marcia («Inconstitucionalidade por omissão», *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 30, decembro 1988,

Antes de expoñe-la regulaci3n actual, na que se ver3n con claridade as distinc3ns co caso portugu3s, cremos que resulta procedente facerse eco dalgunhas voces doutrinais que durante o per3odo constitu3nte analizaron e reclamaron a introducci3n da figura agora estudiada (22). Neste sentido t3mo-lo caso da profesora DA CUNHA FERRAZ (23) a cal, tras indica-la transcendencia e a elevada dificultade que a cuesti3n suscita (24), recolle a misi3n dos poderes constitu3dos de desenvolve-la Constituci3n e, en caso contrario, o incumprimento dun deber constitucional. Desta forma, a omisi3n constit3e «uma lament3vel falha, e caracteriza a aus3ncia de senso de responsabilidade e lealdade para com os cidad3os e os eleitores que confiaram, pelo voto, aos exercentes dos Poderes» (25). A s3a concepci3n 3 ampla, dado que o 3mbito do instituto, 3 seu entender, non se limita 3 inercia do lexislador, 3inda que esta sexa a m3is dif3cil de controlar, sobre todo polo que respecta 3 ineficacia do control. As3 as cousas, a inercia 3 inconstitucional se calquera dos 3rganos designados pola Lei Fundamental para a pr3ctica de actos de toda natureza (lexislativos, administrativos, xurisdiccionais) deixa de practicalos. Por 3ltimo, fai varias suxesti3ns para o concreto exercicio da instituci3n: fixaci3n de prazos con sanc3ns espec3ficas, traslado da competencia de iniciativa a outro poder, regulamentos con forza de lei provisoria (*sic*), participaci3n directa do pobo, impulso da figura do «crime de responsabilidade», maior actuaci3n do Poder Xudicial, etc. Todo isto l3vao a reclamar que «o tema n3o pode deixar de constar da pauta de discuss3o dos trabalhos constitu3ntes a serem desenvolvidos no pr3ximo ano» (26).

p3xs. 41 e ss.), que parte da noci3n de «imposi3es constitucionais» de GOMES CANOTILHO e que recorre 3 experiencia portuguesa para analiza-la eficacia do instituto. En cambio, seguidor das posturas de Jorge MIRANDA e DA SILVA VELLOSO, Carlos M3rio, «Controle de constitucionalidade na Constitui3o brasileira de 1988», *Revista de Direito P3blico*, n3 92, outubro-decembro 1989.

(22) Incluso anos atr3s atopamos algunha alusi3n 3 tema, como 3 o caso da obra de MEIRELLES TELXEIRA, *Apostilas de Direito Constitucional*, Fadusp, S3o Paulo, 1961, p3xs. 80 e ss.

(23) DA CUNHA FERRAZ, Anna C3ndida, «Inconstitucionalidade por omisi3o: uma proposta para a Constituinte», *Revista de Informa3o Legislativa*, n3 89, xaneiro-marzo 1986, p3xs. 49 e ss.

(24) «N3o obstante, contudo, as dificultades que se reconhecem profundas, n3o se debe, a nosso, ver, afastar o exame da problem3tica», *ibidem*, p3x. 50.

(25) *Ibidem*, p3x. 52.

(26) *Ibidem*, p3x. 59.

A mesma autora, tamén cón anterioridade a 1988, volve toca-la problemática en relación ós procesos anómalos de reforma constitucional (27), mantendo a dimensión amplísima do fenómeno cun enfoque similar ó anterior. Resúltalle innegable que a inercia, a pesar de non altera-la letra da Norma Básica, supón un proceso de mutación da Carta Magna ó altera-lo seu alcance na medida en que paraliza a aplicación da mesma.

De igual xeito, o xa citado Afonso DA SILVA abordou o tema dende unha perspectiva ampla antes da promulgación da Constitución, aínda que nese tempo a súa postura era máis ben escéptica (28), postura que cos anos se fará proclive á admisión e á posibilidade de control da figura.

Nos diversos proxectos de Constitución realizados dende a esfera privada sempre se incluíu dunha u outra forma a inconstitucionalidade por omisión. Así témo-lo caso dos traballos de Fábio Konder COMPARATO (29), ou o de BANDEIRA DE MELLO, realizado por encargo da «Ordem de Advogados do Brasil» (30). O mesmo sucedeu en tódolos anteproxectos e proxectos «oficiais» que viron a luz no período constituínte (31), manténdose a figura tanto na «comissão de sistematização» (proxectos A e B) como tralo trámite de «emendas de Plénario», aínda que non sempre recibiu o mesmo tratamento.

(27) DA CUNHA FERRAZ, Anna Cândida, *Processos informais de mudança da Constituição*, Max Limonad, São Paulo, 1986, páxs. 217 e ss.

(28) «Se o comando impositivo não for cumprido, a omissão do legislador poderá constituir um comportamento inconstitucional, mas este é insindicável e incontrolável jurídica e jurisdicionalmente... a omissão se revela uma questão política, que escapa à apreciação jurídica», DA SILVA, José Afonso, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, op. cit., pág. 118.

(29) Este autor baseouse nun traballo anterior seu á hora de realiza-lo anteproxecto (*Muda Brasil: uma Constituição para o desenvolvimento democrático*, Brasiliense, São Paulo, 1986). No seu anteproxecto pode lerse no art. 252 das Disposicións Transitorias que «se as leis complementares, necessárias à aplicação dos dispositivos desta Constituição, não forem editadas dentro de três anos de sua promulgação, o Ministério Público ou qualquer interessado poderá pedir ao Poder judiciário a aplicação direta desses dispositivos constitucionais aos casos concretos. A decisão judicial, que complementarà as normas constitucionais invocadas pelo autor da demanda, terá efeito de coisa julgada nos limites das questões decididas». Como vemos, reconduce a problemática da omisión inconstitucional á idea de aplicabilidade inmediata.

(30) Este traballo pode verse en *Problemas e Reformas. Subsídios para o debate Constituínte*, Departamento editorial da Orde de Avogados de Brasil (sección paulista), 1987, páxs. 19 e ss.

(31) Anteproxecto da «Comissão Provisória de Estudos Constitucionais» (artigo 10), proxectos «substitutivos» I (artigo 149) e II (artigos 5 e 122) elaborados polo relator Bernardo Cabral.

2. A actual regulación.

A) *O artigo 103.2 da Constitución.*

Finalmente, tralos debates levados a cabo en sede constituínte, será o art. 103 § 2 do texto constitucional de 1988 o que recolla a figura. O dito precepto atópase na sección adicada ó Supremo Tribunal Federal, dentro do capítulo do Poder Xudicial e este á súa vez enmarcado no título correspondente á organización dos Poderes. A súa literalidade é a seguinte:

«Declarada a inconstitucionalidade por omisión de medida para tomar efectiva norma constitucional, será dada ciencia ao Poder competente para a adopción das providencias necesarias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias» (32)

É destacable o ton imperativo co que se regula a obriga, real e efectiva e non simple actuar potestativo, que suxeita os órganos pertinentes para levar a cabo as medidas que aseguren a eficacia dos preceptos constitucionais. Isto non deixa de poñer de manifesto a mentalidade reinante entre os elaboradores do Texto Básico, mentalidade que discorre polos camiños da idea de Constitución como auténtica norma xurídica e, polo tanto, coa auténtica forza obrigatoria que caracteriza o mundo do Dereito.

Unha vez promulgada a Constitución Federal comezou o proceso nos distintos estados membros para a elaboración das súas respectivas cartas constitucionais, e promulgáronse as derradeiras o 5 de outubro de 1989. Entre elas destaca, pola súa previsión expresa da omisión inconstitucional, a Constitución de «Rio Grande do Sul», promulgada o 3 de outubro de 1989, que no seu art. 95.1 recolle a lexitimidade activa para interpoñer acción de inconstitucionalidade de lei ou de acto normativo ou por omisión. Tamén poden ser citadas a Constitución do Estado de São Paulo (arts. 74.VI e 90 § 4) e a do Estado de Santa Catarina (art. 85).

(32) Como se ve, hai catro diferencias importantes respecto á institución portuguesa inspiradora deste precepto: a idea de ineficacia substitúe á de inesixibilidade, non limitación ás omisións legislativas, incorporación dun prazo de trinta días para a resolución das omisións de órganos administrativos e non establecemento dunha específica lexitimación activa.

As referencias doutrinais ó tema están sendo continuas dende que adquiriu vixencia o actual texto constitucional, tanto en obras de carácter xeral e didascálico como en artigos adicados exclusivamente á figura. Máis arriba xa nomeámo-la influencia dos importantes autores portugueses. Tamén é posible atopar estudos baseados en grande medida na literatura alemana e na xurisprudencia do «Bundesverfassungsgericht». Co seu exemplo trátase de solventar los conflictos entre órganos do sistema político brasileiro, conflictos na Federación e exclusións de beneficio incompatibles co principio de igualdade que se poidan dar no Dereito dese país iberoamericano (33).

B) *Concepto e natureza do control.*

Á vista do referido artigo, o instituto analizado adquire unha dimensión realmente ampla, de xeito que pode ser definido como a ausencia de actividade que outorgue eficacia a un concreto precepto constitucional (34). De aí que, en principio, poida cometer semellante infracción todo ente que estea capacitado para dictar normas xurídicas, polo que non se restrinxe só ó Poder Lexislativo, como faciamos nós na introducción deste traballo, senón que tamén hai que estendelo ó Poder Executivo, ó que se lle atribúen responsabilidades de desenvolvemento da Carta Magna. Ademais, habería que sumar outros órganos públicos que teñen responsabilidades no ulterior desenvolvemento constitucional, xa que o termo «medida» non parece que faga exclusiva referencia a unha normativa xurídica. Polo tanto, o primeiro elemento do concepto sería a inactividade dos órganos competentes para o dictado de normas xurídicas e para a realización de actividades que desenvolvan a Lei Fundamental.

(33) FERREIRA MENDES, Gilmar, *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*, Saraiva, São Paulo, 1990, páxs. 54-73. Este mesmo autor publicou un traballo sobre un aspecto das decisións do Tribunal Constitucional alemán que alude en parte á omisión que estamos tratando: «O apelo ao legislador (Appellentscheidung) na praxis da Corte Constitucional Federal Alemã», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXIII, 1992, páxs. 265-304.

(34) O prof. CARRAZZA refírese á «inércia de qualquer órgão de poder, que num lapso de tempo razoável, deixa de praticar, ou pratica apenas em parte, ato exigido pela Constituição» (CARRAZZA, Roque Antônio, «Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção», *Jurisprudência brasileira*, vol. 167, xullo-setembro 1992, pág. 54).

Cremos que un concepto tan amplo do fenómeno non resulta correcto posto que unha institución dos perfís e problemas que presenta a inconstitucionalidade por omisión reclama e esixe un tratamento dentro das canles da concreción e da seguridade xurídica. A isto non axuda a introducción en escena do Poder Executivo e do Poder Xudicial, posibilitada pola xenérica dicción literal do art. 103.2 do texto constitucional.

O segundo elemento da definición ofrecida vén dado pola ineficacia da norma constitucional respecto da cal non se produciu aínda desenvolvemento. Isto vai precisar de xurisprudencia e doutrina que profile o sentido que neste lugar ten a antítese constituída por eficacia *vs.* ineficacia dun precepto da Constitución. Ante supostos nos que a eficacia exista non parece que poida ter lugar unha vulneración da Lei Básica por omisión. Pero os problemas de concreción xa comezan aquí porque, por un lado, todo precepto constitucional, polo feito de selo, posúe certa eficacia, aínda que soamente sexa proporcionar luz ó aplicador do Dereito na súa tarefa de interpretar este de conformidade coa Constitución, e, por outro lado, as normas constitucionais de aplicación inmediata e directa, que por iso mesmo presentan unhas fortes doses de efectividade, poden tamén reclamar un desenvolvemento ulterior para dotalas de garantías e dunha maior e máis plena potencialidade. Polo tanto, queda en mans do órgano fiscalizador da omisión inconstitucional determinar en que xeito a situación se traduce nunha ineficacia que frustra o proxecto da Carta Magna.

O terceiro e derradeiro elemento do concepto da figura no Brasil é a necesidade de que sexa vulnerada unha norma concreta e determinada e non principios, fins ou desexos que se derivan da Constitución considerada na súa globalidade.

Así as cousas, estamos ante un suposto máis de fiscalización abstracta que serve para tutelar, en principio, calquera norma constitucional carente de eficacia e na que o Supremo Tribunal Federal, órgano supremo do Poder Xudicial e, á vez, garda da Constitución, non substitúe, como veremos, o órgano encargado de dar eficacia á Norma Básica, sexa de natureza lexislativa, sexa de índole administrativa ou, incluso, doutro tipo. O procedemento a seguir é o mesmo que o da inconstitucionalidade por acción. Neste senso hai que recordar que o art. 97 da Lei Básica establece a necesidade de maioría

absoluta dos membros do órgano xudicial para declara-la inconstitucionalidade, e que o 103 § 1 establece que o Procurador Xeral da República debe ser previamente oído. Nembargantes, como nos recorda DA SILVA VELLOSO, non ten aplicación no control concentrado a norma inscrita no art. 52 § X relativa á competencia do Senado para suspender unha lei declarada inconstitucional (35), o cal resulta cando menos evidente polo que respecta á omisión vulneradora da Carta Magna. Así mesmo, tampouco é procedente o preceptuado polo 103 § 3 (citación ó Avogado Xeral da Unión para defende-lo acto ou texto impugnado).

C) Tipos.

Como se deduce polo dito ata o momento, podemos distinguir, cando menos a nivel teórico xa que outra cousa será a súa vixencia práctica, tres grandes modalidades de omisión vulneradora da Constitución no Dereito brasileiro: a primeira viría determinada pola inacción do Poder Lexislativo, a segunda pola inactividade do Poder Executivo, e a terceira pola ausencia de actuación do Poder Xudicial. Os dous primeiros teñen competencia para emanar normas xurídicas, que son o núcleo esencial de toda a actuación de desenvolvemento posconstitucional, polo que parece que posúen a clave da realización do proxecto deseñado polos constituíntes, de aí que respecto a eles si presente posibilidades de aplicación a omisión inconstitucional, a diferenza do que sucede en relación ós órganos do Poder Xudicial. Por iso vemos con certo escepticismo a operatividade da figura nos casos de inactividade do Poder Xudicial, casos nos que a solución virá por outras vías.

O trazo máis notorio desta regulación é, tal e como indicamos, a extensión da inconstitucionalidade á inactividade de órganos administrativos e xudiciais, e non só ó non actuar do lexislador, co que a figura acada unha dimensión demasiado ampla e un tanto difusa, que ameaza a correcta eficacia da mesma, a pesar da boa acollida que isto tivo en certos sectores da literatura especializada. Un tamaño semellante esixiría unha regulación a nivel constitucional máis exhaustiva, que é inexistente hoxe en día.

(35) DA SILVA VELLOSO, Carlos Mário, «Controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988», *op. cit.*, páx. 51. Tamén na obra deste mesmo autor *Temas de Direito Público*, Del Rey, Belo Horizonte, 1994, páx. 137.

D) *Lexitimación activa.*

A lexitimación para interpoñe-la acción de inconstitucionalidade por omisión, lexitimación coincidente coa da acción directa de inconstitucionalidade, é ampla e pertence a: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Cámara dos Deputados, a Mesa dunha Asemblea Lexislativa (que é un órgano de cada estado federado), o Gobernador dun Estado, o Procurador Xeral da República, o Consello Federal da Orde dos Avogados do Brasil, un partido político con representación no Congreso, e unha confederación sindical ou entidade de clase de ámbito nacional (arts. 103 I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, respectivamente).

Aquí atopamos unha das importantes novidades do texto brasileiro polo que respecta a cal era a situación no Dereito anterior. Con isto preténdese non só permiti-la incoación do control de constitucionalidade ós máis importantes órganos públicos senón tamén a outros entes de importante transcendencia na sociedade brasileira. Así mesmo, non cabe dúbida de que a amplitude da lexitimación activa, tratando de supera-las barreiras de índole política, supón unha busca de eficacia na protección contra as omisións vulneradoras da Lei Básica, eficacia que queda en cuestión por mor dos efectos das decisións do Supremo Tribunal de Xustiza nestes casos, cuestión á que pasamos a referirnos.

E) *Efectos da declaración de inconstitucionalidade por omisión.*

Neste punto hai que lembrar, en primeiro lugar, que a competencia para coñocer dos casos que se suscitan correspóndelle ó Supremo Tribunal Federal dada a localización do art. 103 na sección que regula o devandito órgano, integrante do Poder Xudicial en virtude do art. 92 da mesma Constitución. En cambio, a dita competencia non se atopa enunciada no art. 102, que nun primeiro momento se diría que contén unha lista pechada de funcións do referido Tribunal, o cal, polo tanto, non é certo, co que se amosa unha incorrecta e criticable sistemática.

Dito isto, faise necesario distinguir dous supostos ós que se lles asignan consecuencias diferentes. Nos casos nos que a inactividade non sexa de

órgano administrativo, o Supremo Tribunal Federal simplemente pon en coñecemento do órgano que debería ter actuado o feito de que a súa inacción vulnera a Lei Fundamental co obxecto de que tal órgano leve a cabo a actividade pertinente para poñer punto e final a esa situación. Como sinala RODRIGUES MACHADO «a decisão não cria obrigação jurídica e nem se reveste de carácter sancionador... trata-se de simples constatação de uma obrigação preexistente» (36). Aínda que o que si ten que funcionar é o mecanismo de indemnización da parte lesionada pola omisión legislativa.

O outro tipo de supostos son aqueles nos que a omisión é predicable dun órgano de carácter administrativo. Aquí o Tribunal tamén dá a coñecer esa situación transgresora do Texto Básico, pero ábrese un prazo de trinta días para que tome medidas necesarias para rematar con esa vulneración.

A normativa non vai máis alá, polo que non se establece ningún mecanismo *ad hoc* para asegura-la realización das mencionadas medidas que rematen coa inconstitucionalidade, co cal, cando menos no caso de omisión legislativa, a decisión do Tribunal amósase como declarativa. Na inercia de órganos administrativos, a pesar da dose de obrigatoriedade que supón a mención dos trinta días, a ausencia de posteriores precisións e mecanismos garantidores lévanos a ter que falar tamén de decisión declarativa, aínda que sen esquece-la responsabilidade que adquiran os titulares dos ditos órganos, que discorrerá por unhas canles diferentes ás propias do Dereito Constitucional.

No ámbito da doutrina, as posturas foron diverxentes á hora de analizar as concretas consecuencias destas decisións que declaren a existencia dunha omisión inconstitucional. Así, hai autores que afirman que semellante decisión é simplemente declarativa polo que a liberdade de conformación do lexislador permanecerá sen fisuras (37), quedando á oportunidade política as reaccións posteriores. Fronte a isto, DA SILVA, partindo da idea anterior,

(36) RODRIGUES MACHADO, Marcia, «Inconstitucionalidade por omissão», *op. cit.*, pág. 55.

(37) RODRIGUES WAMBIER, Luiz, «Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, na Constituição Federal e nas constituições dos Estados-membros», *Revista de Processo*, nº 65, xaneiro-marzo 1992, páxs. 75 e ss.; CARRAZZA, Roque António, «Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção», *op. cit.*, páxs. 53 e ss. Este último autor considera a situación actual como unha esixencia do principio de harmonía e separación de poderes (*ibidem*, pág. 57)

entende que a regulación podería interpretarse de maneira tal que permitiría ó Tribunal dictar normas provisionais cunha vixencia que se estendería mentres a omisión non fose eliminada polo Poder Lexislativo (38). Así mesmo, este autor opina que a sentenza que reconece este tipo de omisión é declaratoria, mas «não é meramente declaratória, porque dela decorre um efeito ulterior de natureza mandamental no sentido de exigir do Poder competente a adoção das providências necessárias ao suprimento da omissão» (39). Malia isto, se a inercia continúa, nada se poderá facer. De aí que propugne unha sentenza que valla como lei durante certo tempo, tal e como dixemos, aínda que esta postura parece ser, no fondo, *de lege ferenda*. Non podemos ignorar neste momento a perigosidade que pode entrañar unha postura coma esta, máxime tendo en conta o especial ambiente de inestabilidade política e inseguridade xurídica que quizais se xere nalgún momento (ou en máis dun momento) na xove democracia brasileira.

As reflexións da literatura tamén se centraron nas omisións dun órgano administrativo, respecto das cales se subliña que a maior forza coactiva da decisión do Tribunal queda reflectida no prazo de trinta días concedido para dicta-lo omitido. Desta forma, fálase de que a decisión do Tribunal adquire unha «eficácia mandamental média» (40) e que posúe o carácter dunha verdadeira «ordem judicial» (41). No caso de desobediencia do órgano administrativo DANTAS estima que haberá que acudir ó Dereito Penal, en concreto ós delitos de desobediencia (art. 339 do Código Penal brasileiro) e prevaricación (art. 319 do mesmo corpo legal) (42). Esta é, evidentemente, a solución adecuada para o suposto da inactividade administrativa brasileira, solución que axuda á efectividade necesaria do mundo do Dereito.

(38) «Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais», DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., pág. 49.

(39) *Ibidem*, pág. 56.

(40) CARRAZZA, Roque Antônio, «Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção», op. cit., pág. 57. En cambio, en relación ó Poder Lexislativo entende que a «eficácia mandamental» é «mínima» xa que supón unha sanción de natureza política.

(41) MODESTO, Paulo, «Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica», *Revista de Direito Público*, nº 99, xullo-setembro 1991, pág. 124.

(42) DANTAS, Ivo, *Mandado de injunção. Guia teórico e práctico*, Aide, 2ª ed., Rio de Xaneiro, 1994, pág. 65.

IV. O «MANDADO DE INJUNÇÃO».

Esta institución, na cal a denominación suxeriuna o senador Virgílio TÁVORA, é unha das máis importantes novidades que contén a actual Constitución brasileira, presentando unhas destacadas potencialidades na defensa dos dereitos fundamentais, peza básica de todo estado democrático de Dereito. Desde a óptica que a nós nos interesa este mecanismo amósase como un control da inconstitucionalidade por omisión realizado de xeito concreto e non de modo abstracto como no caso anterior. Os precedentes no Dereito Brasileiro son inexistentes. Exporemos a continuación o que cremos que son as súas notas máis destacadas tendo en conta que unha análise exhaustiva levaríanos a unha verdadeira monografía.

1. A regulación constitucional.

A súa previsión en canto á Constitución atópase en dous lugares diferentes. O primeiro fai alusión ó aspecto material e o segundo ó aspecto adxectivo. Polo que respecta ás cuestións materiais hai que traer a colación o art. 5 § LXXI, artigo que se refire ós dereitos e deberes individuais e colectivos (capítulo I do título II):

«Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ...

LXXI- 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.»

No referente ás cuestións adxectivas é procedente citar varios preceptos. Desta forma, en sede das competencias do «Supremo Tribunal Federal» (art. 102), afirmase o seguinte:

«Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I. Processar e julgar, originariamente: ...

g) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.»

II. Julgar, em recurso ordinário:

a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.»

Así mesmo, nas competencias do «Superior Tribunal de Xusticia» (art. 105) vemos como a este órgano lle corresponde:

«I. Processar e julgar, originariamente: ...

h) o mandado de injunção, quando a elaboración da norma regulamentadora for atribución de órgano, entidade ou autoridade federal, da administración directa ou indirecta, excetuados os casos de competencia do Supremo Tribunal Federal e dos órganos de Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.»

Polo tanto, teñen competencia para o seu coñecemento o «Supremo Tribunal Federal» (garda da Constitución e cabeza do Poder Xudicial), o «Superior Tribunal de Xusticia», e os órganos pertinentes da xurisdicción militar, electoral, laboral e federal (tribunais rexionais federais e xuíces federais). A competencia do Superior Tribunal de Xustiza é residual en relación ós demais.

Finalmente, diremos que a doutrina maioritaria amosouse a favor da aplicación inmediata da regulación constitucional do «mandado de injunção» ó entender innecesaria unha normativa posterior para a súa aplicación (43). Isto non parece que puidese ser doutro xeito segundo o espírito fortemente protector dos dereitos constitucionais que palpita no Texto Básico e que se expresa no art. 50.2 da Constitución ó afirmar que as normas que definen os dereitos e as garantías fundamentais teñen aplicación inmediata.

2. Breve alusión á orixe do instituto.

O nacemento desta figura atópase no mundo xurídico anglosaxón, tan influínte en certos aspectos en Iberoamérica e noutras partes do planeta (44). O devir histórico foi conformando, á marxe da «Common law», unha serie de

(43) Exemplificador é o caso de FERREIRA MACIEL, Adhemar, «Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão», *Revista de Direito Público*, nº 89, 1989, páx. 52.

(44) O artigo 249 da Constitución da India, por citar un caso alleo ó noso ámbito cultural, recolle o «writ of injunction».

mecanismos protectores da cidadanía fronte ó poder público denominados «writs», que apareceron relacionados cos tribunais de equidade. O Dereito Común e a equidade, esta con claras raíces no Dereito Romano, van permanecer diferenciados e desenvolverse autonomamente (45). As deficiencias do sistema orixinaban que se dictasen estas ordes especiais ou «writs», baseadas ante todo na idea de xustiza e na valoración xudicial dos elementos do caso, e que consistían nunha orde dictada por un tribunal de equidade que establecía que alguén debería facer ou deixar de facer algo que causase prexuízo a outra persoa. Como vemos, o carácter adxectivo destes instrumentos era, e é, moi marcado. O paso do tempo orixinou que só se mantivesen os «writs» pertencentes á esfera pública.

A utilización de semellantes mecanismos vai adquirir tamaño importancia en determinados períodos, que se chegará a falar a finais do XIX en Estados Unidos de «gobierno por *injunction*». Con esta expresión alúdese a unha utilización desmedida desta institución por parte da xurisprudencia en favor dos intereses empresariais. A reacción sindical orixinou a aprobación da «Clayton Act» en 1914 coa que se limitaba a expedición de «writs of injunction». A Lei Norris-La Guardia de 1932 seguirá polo mesmo camiño (46).

Neste momento o «writ» que a nós nos interesa é o «writ of mandamus» xa que consiste nunha orde dirixida a unha autoridade para que cumpra un deber imposto legalmente, deber para o cal non existe norma que regule o seu exercicio. En cambio, o «writ of injunction» prohibe a execución dunha norma ou dun acto por parte dun organismo público, co que queda de manifesto o erro terminolóxico dos constituíntes brasileiros ó importa-la institución. Aínda que, en realidade, as cousas non son tan sinxelas como acabamos de dicir xa que a amplitude do «writ of injunction» permite distinguir

(45) A historia ofrécenos exemplos ilustrativos desta diferenciación, que por veces se convertía en contraposición. Quizais destaque o conflito acontecido en 1616 entre o Chanceler Lord Ellsmere e o «Chief Justice» Coke. Xaime I, seguindo os consellos do seu Procurador Xeral, Francis Bacon, resolverá a disputa en favor do primeiro, co que se comeza asenta-la supremacía da equidade sobre o Dereito Común.

(46) Desde unha óptica introductoria á regulación brasileira, unha análise deste instituto anglosaxón, baseándose en bibliografía dese ambiente cultural, atopámola en BONAVIDES, Paulo, PAES DE ANDRADE, António, *Historia Constitucional do Brasil*, op. cit., páxs. 501 e ss.

unha manifestación positiva (o «mandatory injunction») e unha negativa (o «prohibitory injunction»). Malia isto, este non é o momento de profundar nestas figuras posto que o dito xa cumpre a finalidade que pretendíamos. Tampouco cabe descoñecer as conexións que é posible establecer co xuízo de amparo mexicano e, incluso, coa *Verfassungsbeschwerde* alemá.

3. Concepto, obxecto e lexitimación activa.

Volvendo ó «mandado por injunção» brasileiro, cabe conceptualizalo como a acción que busca obter unha orde xudicial que garanta, no caso concreto, o exercicio dos dereitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inherentes á nacionalidade, a soberanía e a cidadanía, invariables pola ausencia de normativa.

Como pode verse polo dito, o interese xurídico que trata de protexerse está integrado, en xeral, polos dereitos constitucionais (arts. 50, 194 e 232) e, en particular, por aqueles cunha eficacia inexistente ó faltar normativa de desenvolvemento, que non son só os de segunda e terceira xeración senón todo aquel que require intervención do Poder Público para posibilita-la súa aplicación. A eles hai que suma-las prerrogativas dimanantes da nacionalidade (arts. 12 e 13 da Constitución), a soberanía e a cidadanía (arts. 14, 15 e 16), co que se constitúe un importante campo de incidencia da figura.

O fin que se persegue é que un determinado interese atope a súa plasmación práctica a través da concreción do dereito abstracto, é dicir, é unha acción de defensa de garantías individuais. O que non busca obter é a normativa establecida no Texto Constitucional, o cal, por dicilo dalgún modo, é «competencia» da inconstitucionalidade por omisión, aínda que si poden estar presentes ámbalas institucións nun mesmo suposto. O contido da decisión que resolve este «mandado» será o de outorga-lo dereito reclamado no suposto concreto definíndose as condicións para esa satisfacción directa do dereito (47). Deféndense deste xeito as garantías individuais baseándose,

(47) Cfr. máis extensamente DA SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., páxs. 391 e ss, e a bibliografía alí citada. Tamén BASTOS, Celso, *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 13ª ed., 1991, páxs. 358 e ss.; FERREIRA MACIEL,

primeiro, na preexistencia dun dereito ou liberdade e, segundo, á lesión dese dereito ou liberdade producta da ausencia dunha regulación satisfactoria. Como nos recorda Paulo MODESTO «o escopo específico é a preservación, no caso concreto, do dereito subjetivo con matriz inmediata no texto constitucional... a sentenza ou o acórdão terá o carácter de «suprimento normativo provisório», até porque a sentenza tem natureza de norma individual» (48).

A lexitimación activa é moi ampla ó estenderse a todo aquel brasileiro ou estranxeiro residente no Brasil, sexan persoas naturais ou xurídicas, o que, a falta de desenvolvemento dun precepto, imposibilitalle exercer un dereito ou liberdade constitucional ou unha das prerrogativas citadas. A título de exemplo podemos cita-las «entidades asociativas» do art. 5.XXI da Constitución Federal ou a «organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano» do art. 5.LXX. Respecto ó suxeito pasivo, apunta OTHON SIDOU que «por regra general el sujeto pasivo en el *mandado de injunção* es un órgano de autoridad, puesto que compete normalmente al poder público hacer posible el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales» (49). Aínda que haberá que ter tamén presente que o poder público pode delegar atribucións nas que o seu exercicio incide no disfrute de dereitos, liberdades ou privilexios constitucionais, co que se estendería o posible campo da lexitimación pasiva. Pero a figura «va más allá -continúa argumentando o mesmo autor-, porque no sólo los agentes importantes de las personas jurídicas a las que se atribuye el ejercicio de atribuciones de poder público poseen dominio en el cumplimiento de los derechos constitucionalmente consagrados, ya que al respecto puede mencionarse la limitación a los derechos de propiedad en el sistema financiero nacional. Con este sencillo ejemplo puede suponerse que la empresa privada también puede ser objeto del *mandado de injunção*» (50).

Adhemar, «Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão», *op. cit.*, páxs. 43 e ss.; TEMER, Michel, «Limites do mandado de injunção», *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 34, 1989, páxs. 112 e ss.

(48) MODESTO, Paulo, «Inconstitucionalidade por omissão...», *op. cit.*, pág. 124.

(49) OTHON SIDOU, J. M., «Las nuevas figuras del Derecho procesual constitucional brasileiro: *mandado de injunção* y *habeas data*», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 70, xaneiro-abril 1991, pág. 176.

(50) *Ibidem*, pág. 178.

Na doutrina tampouco faltan esforzos encamiñados a fixaren unha diferenciación meridiana entre a «inconstitucionalidade por omisión» e o «mandado de injunção» para evitar «o amesquinhamento, via interpretación, das novas garantías constitucionais criadas esatamente para preservar a efetividade da Constitución» (51). A sucinta exposición que efectuamos máis arriba cremos que permite diferenciar sen dúbidas ámbolos institutos, tanto na súa natureza xurídica como na lexitimación, o obxecto de protección e o órgano competente, aínda que na praxe aplicativa de ambos non resulta desatinado pensar nun intento de confusión para minguarlles forza ás novidades constitucionais. Por isto, seguindo de novo a Paulo MODESTO, cabe indicar que a acción de inconstitucionalidade por omisión non atopa no «mandado de injunção» un «sucedáneo» ou «correspondente concreto» (52), sendo institucións diferentes que reclaman tratamentos autónomos. Malia isto, imos amosar igualmente a postura de dous autores sobre o particular, postura coincidente en varios puntos.

Este afán diferenciador entre ámbolos institutos tamén o atopamos no profesor de Lisboa Jorge MIRANDA. Ademais de menciona-la distinta natureza de ambos (fiscalización abstracta fronte a fiscalización concreta) e a non coincidencia dos órganos competentes para fiscalizalos (Supremo Tribunal Federal fronte a calquera tribunal), o autor luso sinala que a inconstitucionalidade por omisión tutela calquera norma constitucional mentres que o «mandado de injunção» salvagarda principalmente normas referidas ós dereitos de liberdade, á marxe de que no primeiro caso o Supremo Tribunal non substitúe o órgano lexislativo e no segundo o tribunal pode emitilas medidas necesarias de carácter individual ou *erga omnes* (53), aínda que, como xa vimos, a maioría da doutrina só establece a posibilidade de incidir no caso concreto sen un alcance que poida ser cualificado de *erga omnes* (54).

Pola súa parte, FERNÁNDEZ SEGADO tamén basea os elementos diferenciais nunha serie de contraposicións: fiscalización abstracta *vs.* acción

(51) MODESTO, Paulo, «Inconstitucionalidade por omisión...», *op. cit.*, páxs. 115 e ss. Asimesmo, CARRAZZA, Roque Antonio, «Ação direta...», *op. cit.*, páxs. 53 e ss.

(52) MODESTO, Paulo, «Inconstitucionalidade por omisión...», *op. cit.*, pág. 122.

(53) MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, *op. cit.*, pág. 513.

(54) Ademais da bibliografía citada na nota 47 deste traballo tamén podemos nomear a CALMON DE PASSOS, J. J., *Mandado de Segurança coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Constituição e Processo*, Forense, Rio de Xaneiro, 1989, páxs. 98 e ss.

individual; acción de garantía constitucional *vs.* acción de defensa de garantías individuais; desencadeamento ante a omisión de medidas para facer efectiva unha norma constitucional *vs.* interposición mediante a lesión dun dereito ou liberdade individual; competencia do Supremo Tribunal Federal *vs.* competencia en función do órgano a quen correspóndese a elaboración da norma que coa súa ausencia impide o exercicio do dereito; imposibilidade de substitución da actuación do órgano público por parte do Supremo Tribunal Federal *vs.* adopción polo tribunal das medidas necesarias para posibilitalo exercicio do dereito (55).

V. CONCLUSIÓN.

A visión que ofrecemos da institución da omisión inconstitucional no Brasil é por si soa suficientemente significativa para acreditarla importancia e a potencialidade que unha figura así posúe en calquera ordenamento xurídico. O interese científico que obxectivamente despertan as novidades deste país latinoamericano, entre as cales o instituto considerado brilla con luz propia, xa orixinou varios estudos fóra das súas fronteiras, todos eles repletos de xuízos positivos (56), e que reflicten a necesidade de realizar investigacións sobre ordenamentos tradicionalmente esquecidos e considerados por algúns como carentes de excesivo interese. Pero a atención doutrinal tamén é elevada entre os autores do Brasil, nos que se atopan achegas de verdadeira calidade, o cal revela como, pouco a pouco, a doutrina brasileira se está convertendo en imprescindible á hora de analiza-la inactividade vulneradora da Constitución, como xa o era a doutrina alemana e a portuguesa, da que precisamente parte en varios puntos, tal e como se indicou.

De igual xeito, a amplitude que observamos na inconstitucionalidade por omisión reclama concreción e precisión de límites, tarefa na que non só

(55) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, «Los nuevos desafíos de nuestro tiempo para la protección jurisdiccional de los derechos», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 39, maio-agosto 1994, páxs. 84-85.

(56) GOMES CANOTILHO, José Joaquim, «Tomemos a Sério o Silêncio dos Poderes Públicos - O Direito à Emanação de Normas Jurídicas e a Protecção contra as Omissões Normativas», en DE FIGUEIRA DE TEIXEIRA, Sálvio (coord.), *As Garantias do Cidadão na Justiça*, Saraíva, São Paulo, 1993, páxs. 351 e ss. Tamén FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, «Los nuevos desafíos...», *op. cit.*

a xurisprudencia senón tamén a doutrina, tal como xa se apuntou, está chamada a desempeñar un papel esencial se se quere que a intención dos constituintes non quede en simple letra morta. Polo tanto, o camiño aínda está por percorrer, sobre todo se se ten en conta a criticable aplicación xurisprudencial que xa se detectou.

Así mesmo, coas ideas plasmadas nas páxinas anteriores, cremos que tamén resulta perceptible a dificultade da articulación práctica da omisión inconstitucional, polas connotacións políticas que pode orixinar en certos momentos históricos e pola visión extralimitada que se ten do rancio principio da liberdade de conformación do lexislador, que se ve axudado pola forza dun Poder Executivo amparado pola mesma maioría parlamentaria-gobernamental. Este sentimento non está ausente nas consideracións que efectúa a doutrina brasileira, de tal xeito que se fala dunha previsión de «resultados tímidos» (57). Malia isto, entendemos que a argumentación técnico-xurídica ten que concluír na defensa do proxecto constitucional e no rechazo dunha posible ineficacia da Carta Magna, que pode devir en fraude da mesma. Con razón indicaba HESSE que a natureza da norma constitucional «estriba en que pretende tener vigencia, es decir, realizar el estado por ella normado» (58).

Este alegato a prol da defensa da técnica xurídica á hora de enfrontarse á inconstitucionalidade por omisión non pode facernos esquecer-lo necesario punto de referencia que constitúe a política á hora de valorar unha concreta solución ós problemáticos supostos considerados. Pero reflexionar neste momento sobre isto, levaríanos máis lonxe do que pretendiamos neste traballo (despertar interese sobre este instituto dando unhas pinceladas acerca da nosa posición ó respecto e ofrecendo información dun suposto de Dereito Comparado), polo que nos remitimos a unha ulterior ocasión. Pero o que ten que quedar claro é a ineludible necesidade de enfrontarse ós novos retos que suscita o frenético avance da nosa sociedade. A adecuada garantía dos dereitos fundamentais e a realización do proxecto recollido na Carta Magna están en mans dos mecanismos do Dereito Constitucional, que, quizais, hoxe en día non pode anquilosarse naquelas formas tradicionais que non disciplinen de xeito correcto o mundo actual.

(57) RODRIGUES MACHADO, Marcia, «Inconstitucionalidade por omissão», *op. cit.*, pág. 56.

(58) HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 62.