

PROCESO CONSTITUCIONAL EN BRASIL

Nueva composición del STF y cambio constitucional

Por JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR*

SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN.—2. «NOVEDADES» DE LA ÚLTIMA REFORMA DEL PODER JUDICIAL.—3. COMPRENSIÓN DE LA VERDADERA NOVEDAD.—4. MODIFICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL STF SOBRE EL «MANDADO DE INJUNÇÃO».—5. CONCLUSIÓN.—6. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

En el artículo se analiza la Enmienda Constitucional - EC 45/2004 (Reforma del Poder Judicial), las modificaciones en la composición del Supremo Tribunal Federal y sus consecuencias con relación al control de constitucionalidad.

Palabras clave: Derecho Constitucional, Control de la constitucionalidad, «Mandado de injunção».

ABSTRACT:

The paper examines the Amendment XLV, 2004 (The Judicial Power Reform), the modifications in the Brazilian Supreme Court's composition and its consequences relating to judicial review.

Key words: Constitutional law, Judicial review, *Mandado de injunção*.

* Doctor en Derecho del Estado por la USP. Fiscal de la Hacienda Nacional. Profesor del Máster en Derecho del Centro Universitario de Brasília. Asesor del Despacho del Líder del PSDB en la Cámara de los Diputados.

** Intervención en la VII Convención Nacional de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Huánuco, Perú, el 19/10/2007.

1. INTRODUCCIÓN

El proceso constitucional brasileño es objeto de renovadas discusiones en los distintos medios jurídicos, especialmente, cuando se incluye en el orden del día el tema (que no es nuevo) de la Reforma del Poder Judicial.

Todas las Constituciones brasileñas han reformado, en mayor o menor grado (originariamente o por medio de enmiendas constitucionales), tanto el Poder Judicial como el proceso constitucional patrios:

- 1) La Constitución de 1891 introdujo el control de la constitucionalidad en el Derecho brasileño. Siguió el modelo americano de control difuso y concreto.
- 2) La Constitución de 1934 perfeccionó el modelo, al compensar (o intentar compensar), por medio normativo, la falta de *stare decisis* en la cultura jurídica nacional, lo que favoreció que se produjeran decisiones judiciales dispares en materia constitucional, incluso cuando el Supremo Tribunal Federal ya había afirmado su posición. Lo hizo otorgando competencia al Senado Federal para «suspender la ejecución, en todo o en parte, de cualquier ley o acto, disposición o reglamento, cuando hayan sido declarados inconstitucionales por el Poder Judicial»¹.
- 3) La Constitución de 1946 asistió a la adopción de un mecanismo propio del control de constitucionalidad europeo (control concentrado y abstracto). La EC 16, de 26 de noviembre de 1965, introdujo la «representación contra la inconstitucionalidad de ley o acto de naturaleza normativa, federal o estatal»², confiada a la iniciativa exclusiva del Fiscal General de la República («Procurador-Geral da República»).
- 4) Durante la vigencia de la Constitución de 1967, la EC 7, de 13 de abril de 1977, llevó a efecto una típica reforma del Poder Judicial, con diversas novedades en el proceso constitucional, algunas de las cuales se entendieron autoritarias. Es oportuno citar, por ejemplo, la representación interpretativa, la alegación de relevancia («arguição de relevância») y la avocación.
- 5) Por último, la Constitución de 1988 fortaleció el control de constitucionalidad concentrado y abstracto de normas. Amplió la legitimación activa en la acción directa de inconstitucionalidad (que ya no se confía tan solo al Fiscal General de la República).

¹ Artículo 91, IV, de la Constitución de 1934 (actual artículo 52, X, de la Constitución de 1988).

² Artículo 101, I, k, de la Constitución de 1946, introducido por la EC 16/65.

La EC 3, de 17 de marzo de 1993, creó la acción declarativa de constitucionalidad, cuya decisión tiene «efecto vinculante» (fuerza obligatoria) novedad que, en cierto modo, ya fue conocida en el ámbito reglamentario por el Supremo Tribunal Federal al tiempo de la representación interpretativa³.

Algunas leyes ordinarias también innovaron el proceso constitucional brasileño:

- 1) La Ley 9756, de 17 de diciembre de 1998, consagró jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal en el sentido de que los órganos fraccionarios de los tribunales no someterán al pleno, o al órgano especial, la querrela de inconstitucionalidad, cuando éstos o el pleno del Supremo Tribunal Federal ya se hubieran pronunciado sobre la cuestión⁴, con lo que se amplían los efectos de la decisión tomada en el control difuso y concreto de normas que, de este modo, no se limitan al caso concreto juzgado.
- 2) La Ley 9868, de 10 de noviembre de 1999, extendió el efecto vinculante a la acción directa de inconstitucionalidad y permitió al Supremo Tribunal Federal modular al momento la declaración de inconstitucionalidad.
- 3) La Ley 9882, de 03 de diciembre de 1999, reguló la acción de incumplimiento del precepto fundamental, que ya previó la Constitución de 1988, en su texto originario, pero que aún carecía de reglamentación.

2. «NOVEDADES» DE LA ÚLTIMA REFORMA DEL PODER JUDICIAL

La EC 45, de 08 de diciembre de 2004, también llevó a cabo una reforma en el Poder Judicial.

Sin embargo, en materia de proceso constitucional, fue menos innovadora de lo que puede parecer a primera vista. Algunos ejemplos que demuestran esta afirmación son:

- 1) Legitimidad activa del Gobernador y de la Mesa de la Cámara Legislativa del Distrito Federal, para proponer acción directa de inconstitucionalidad (artículo 103, IV y V, de la Constitución de 1988, con la redacción de la EC 45/2004). Tanto el contenido de

³ Artículo 187 del Reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal: «A partir de la publicación de la decisión, por sus conclusiones y enmiendas, en el Diario de la Justicia de la Unión, la interpretación en él fijada tendrá fuerza vinculante para todos los efectos.»

⁴ Párrafo único del artículo 481 del CPC, introducido por la Ley 9756, de 1998.

los incisos IV y V del artículo 2 de la Ley 9868 de 1999, como la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal ya reconocían legitimidad activa al Gobernador y a la Mesa de la Cámara Legislativa del Distrito Federal⁵.

- 2) Extensión del efecto vinculante a la acción directa de inconstitucionalidad (§ 2.º del artículo 102 de la Constitución de 1988, con la redacción de la EC 45/2004), lo que ya había hecho el párrafo único del artículo 28 de la Ley 9868 de 1999, disposición declarada constitucional por el Supremo Tribunal Federal⁶.

Otra novedad —apenas bosquejada— será la total identificación entre la acción directa de inconstitucionalidad y la acción declarativa de constitucionalidad. Por ahora, solamente fueron equiparadas en lo que se refiere a la legitimidad activa. En una etapa futura de la reforma se equiparán en cuanto al objeto (ley o acto normativo federal o estatal frente a la Constitución de 1988).

Sea como sea, merece la pena hacer referencia a otras dos novedades, aunque tampoco sean de todo ajenas al Derecho pasado:

- 1) La «súmula» (resumen de sentencia) vinculante, aunque no se llevó a la práctica hasta 2007, podría haber ocurrido de la construcción jurisprudencial. José Néri da Silveira señaló que las «súmulas» o resúmenes de sentencias eventualmente provenientes de las decisiones dictadas en representación interpretativa —dotadas como estaban de fuerza vinculante— también serían vinculantes⁷. Así, el mismo raciocinio podría ser aplicado —antes de la EC 45/2004— a aquellas que eventualmente provengan de decisiones dotadas de efecto vinculante.
- 2) La demostración de repercusión general como requisito de admisibilidad del recurso extraordinario es, en verdad, recuperación de la antigua alegación de relevancia («arguição de relevância») de la EC 7/77⁸.

⁵ ADI (acción directa de inconstitucionalidad) 645-2/DF, Secretario Ponente el Juez Supremo Ilmar Galvão, j. 11.12.1991.

⁶ AgRg en la Rcl (agravo de reglamento en la reclamación) 1.880-6/SP, Secretario Ponente el Juez Supremo Maurício Corrêa, j. 07.11.2002.

⁷ SILVEIRA (1982): 131-153 y Voto del Juez Supremo Néri da Silveira en la ADI 594-4/DF, Pleno, Secretario Ponente el Juez Supremo Carlos Velloso, j. 19.02.1992.

⁸ AMARAL JÚNIOR (2005): 96.

3. COMPRENSIÓN DE LA VERDADERA NOVEDAD

La verdadera novedad, que no se produce en el proceso constitucional aunque tiene una evidente influencia sobre el proceso constitucional brasileño y cuenta con un potencial revolucionario, es la nueva composición del Supremo Tribunal Federal.

En los últimos siete años, se jubilaron nueve Ministros del Supremo Tribunal Federal, dos de ellos durante el segundo Gobierno de Fernando Henrique Cardoso y siete —mayoría más que absoluta— durante el Gobierno Luiz Inácio Lula da Silva.

Con ello, diversas posiciones jurisprudenciales, que eran pacíficas hace años en el Supremo Tribunal Federal, volvieron a ser objeto de discusión. Algunos de ellos ya fueron modificados. Los efectos de este hecho pueden ser positivos o negativos según la percepción del ciudadano afectado. Aún así, de modo objetivo, es fácil percibir que en ello no hay beneficio para la seguridad jurídica.

Algunos ejemplos lo demuestran:

- 1) La Ley 8072, de 25 de julio de 1990, más conocida como «Lei dos crimes hediondos» (Ley de delitos atroces), determinaba que las penas de delitos atroces, como, por ejemplo, la tortura, el tráfico ilícito de drogas y el terrorismo, se cumplirían únicamente en régimen cerrado⁹. ¡Y así fue durante más de quince años! Pero, el Juez Secretario Ponente del Supremo Tribunal Federal, don Marco Aurélio, en el *Habeas Corpus* 82.959-7/SP, juzgado el 23 de febrero de 2006, declaró, con carácter incidental, la inconstitucionalidad de la referida determinación, al entender que viola la garantía constitucional de la individualización de la pena (artículo 5.º, LXVI, de la Constitución de 1988).
- 2) En 2001, el Supremo Tribunal Federal, al examinar la acción directa presentada por el Partido Laboral, decidió que la contratación temporal a que se refiere el artículo 37, IX, de la Constitución de 1988, no sería posible para «actividades permanentes que desempeñan funcionarios públicos que ingresan mediante oposición»¹⁰. Es necesario que el trabajo también sea eventual o temporal. La decisión fue unánime. Sin embargo, en el año 2004, esta misma Corte, ya integrada por miembros indicados por el Gobier-

⁹ Artículo 2.º, encabezamiento y § 1.º de la Ley 8072/90.

¹⁰ Voto del Juez Supremo Moreira Alves en la ADI 2.380-2/DF, Secretario Ponente el Juez Supremo Moreira Alves, j. 20/06/2001.

no de Luiz Inácio Lula da Silva, al examinar acción directa presentada por el Partido del Frente Liberal (en la actualidad denominado Demócrata) sobre la contratación temporal pretendida por el referido Gobierno, decidió que el mismo artículo 37, IX, de la Constitución de 1988 «autoriza contrataciones temporales, sin necesidad de concurso público, (...) ya sea para el desempeño de las actividades de carácter eventual, temporal o excepcional, ya sea para el desempeño de las actividades de carácter regular y permanente»¹¹. La decisión fue adoptada gracias a una pequeña mayoría (seis votos contra cinco).

4. MODIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA DEL STF SOBRE EL «MANDADO DE INJUNÇÃO»

La materia reexaminada en el Supremo Tribunal Federal que mayores consecuencias podrá conllevar es la relativa a los efectos del «mandado de injunção».

La Constitución de 1988, preocupada con la efectividad de sus normas, adoptó el llamado «mandado de injunção». Es un remedio constitucional que se concede «siempre que la falta de norma reguladora haga inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía»¹².

El texto constitucional guarda silencio en lo referente a los efectos del «mandado de injunção». Así, en cuestión de orden en el «Mandado de Injunção» 107-3/DF, el Supremo Tribunal Federal entendió que éste no podría tener una consecuencia mayor de la que la permitida —por la propia Constitución— para la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, es decir, la mera puesta en conocimiento del poder omiso para que adopte las medidas necesarias¹³. Ello porque la acción directa de inconstitucionalidad por omisión es un «proceso objetivo de defensa del interés público» cuyo equivalente difuso, el «mandado de injunção», es una «acción que pretende la defensa del interés individual»¹⁴.

A propósito, es útil hacer referencia a las lúcidas opiniones del Juez Supremo Celso de Mello:

«El ‘mandado de injunção’ no es el sucedáneo constitucional de las funciones político-jurídicas atribuidas a los órganos estatales in-

¹¹ ADI 3.068-0/DF, Secretario Ponente el Juez Supremo Eros Grau, j. 25.08.2004.

¹² Artículo 5.º, LXXI, de la Constitución de 1988.

¹³ Cf. artículo 103, § 2.º, de la Constitución de 1988.

¹⁴ Voto del Juez Supremo Moreira Alves en la MIQO 107-3/DF, Secretario Ponente el Juez Supremo Moreira Alves, j. 23/11/1989.

cumplidores. No legitima, por ello mismo, la difusión de diligencias normativas destinadas a sustituir la norma reguladora que falta sujeto a competencia, no ejercida, de los órganos públicos. El Supremo Tribunal Federal no sustituye al legislador o al administrador que se hayan abstenido de ejercer su competencia normativa. La propia excepcionalidad de este nuevo instrumento jurídico impone al Poder Judicial el deber de estricta observancia del principio constitucional de la división funcional del poder»¹⁵.

Por otro lado, en situaciones excepcionales en que se conjuguen determinados factores, el propio Supremo Tribunal Federal admite que se afecte, desde luego, el derecho o la libertad cuyo ejercicio no haya sido ejecutado por la falta de norma reglamentaria:

«(...) Solo podrá suplirse la omisión, sin actuación del legislador, si fuera posible dar eficacia a la norma constitucional e, incluso así, si aquel estuviera en mora inconstitucional, por no haber atendido el plazo que la propia Constitución le diera, o por no haber observado el plazo que la Corte Constitucional fijó como razonable para la elaboración legislativa de la norma. Por otro lado, la omisión insuperable es aquella que exige regulación legislativa y no se puede suplir por causa no sólo del principio de la separación de poderes, sino también para no quitar al legislador la libertad de adoptar la decisión política de la solución reguladora que le parezca mejor. (...)»¹⁶.

En otras palabras, es necesario que el derecho, o libertad reclamada, esté al menos configurado —en sus elementos esenciales— en el propio texto constitucional. Además, es necesario que el texto constitucional también haya definido plazo para la regulación, plazo este frustrado por la inercia del legislador o de la administración¹⁷.

Por tanto, con respeto a la organización de poderes, en conformidad con la definición que da la Constitución, el «mandado de injeção», si y cuando concedido, necesariamente se limita a poner en conocimiento del poder omiso su mora para que tome las medidas necesarias. De lo contrario, el órgano juzgador se convertirá en legislador positivo.

¹⁵ Voto del Juez Supremo Celso de Mello en la MIQO 107-3/DF, Secretario Ponente el Juez Supremo Moreira Alves, j. 23/11/1989.

¹⁶ Voto del Juez Supremo Moreira Alves en la MIQO 107-3/DF, Secretario Ponente el Juez Supremo Moreira Alves, j. 23/11/1989.

¹⁷ Fue lo que ocurrió en el MI 232-1/RJ, Secretario Ponente el Juez Supremo Moreira Alves, j. 02/08/1991 (artículo 195, § 7.º, de la Constitución de 1988, combinado con el artículo 59 del ADCT - Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias) y en el MI 384-0/RJ, Secretario Ponente el Juez Supremo Carlos Velloso, j. 05/08/1993 (ADCT, artículo 8.º, § 3.º).

Sin embargo, el 26 de octubre de 2007, al apreciar el «Mandado de Injunção» 670-9/ES, el «Mandado de Injunção» 708-0/DF y el «Mandado de Injunção» 712-8/PA, todos relativos al derecho de huelga de los funcionarios públicos¹⁸, el Supremo Tribunal Federal reconoció la falta de regulación de la materia y decidió en el sentido de que cuando el Congreso Nacional no dicte leyes específicas, los funcionarios públicos pueden ejercer el derecho en cuestión en los términos de la legislación aplicable a los trabajadores en general¹⁹.

Así, el «mandado de injunção», en el límite, es como si fuera un «decreto ley del Poder Judicial»²⁰ (medida provisional según la Constitución de 1988), con dos serios agravantes:

- 1) la decisión en el «mandado de injunção» no es «provisional», porque al ser jurisdiccional, queda cubierta por el manto protector de la cosa juzgada, sin admitir oposición ni siquiera por medio de enmienda constitucional²¹;
- 2) a diferencia del decreto ley, una eventual decisión legislativa en el ámbito del «mandado de injunção» no se sujetaría al filtro del Congreso, es decir, no habrá, en este supuesto, conversión en ley, como sucede con el decreto ley.

Además, en este contexto, y considerando que el «mandado de injunção» es propio del control difuso y concreto de normas, es razonable proyectarle una evolución similar a aquella que conocen otros instrumentos de la misma modalidad de control. En suma, es posible que no esté lejos el tiempo en que los efectos del «mandado de injunção» no sean únicamente *inter partes*, sino *erga omnes*. ¡La decisión dada valdría como verdadera ley general y abstracta!

En verdad, en el ámbito estatal, ya hubo ejemplos en este sentido, pero fue debelado por el Supremo Tribunal Federal²². Además, los ya mencio-

¹⁸ Artículo 37, VII, de la Constitución de 1988.

¹⁹ Ley 7.783, de 28/06/1989, que «Dispone sobre el ejercicio del derecho de huelga, define las actividades esenciales, regula la atención de las necesidades inaplazables de la comunidad y da otras providencias.»

²⁰ Fórmula utilizada en la Mesa de Debates promovida por el Instituto «Pimenta Bueno» - *Associação Brasileira dos Constitucionalistas*, en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, el 30/11/2004 (<http://www.abconst.com.br/mesa8.htm>).

²¹ Artículo 5.º, XXXVI, combinado con el artículo 60, § 4.º, IV, ambos de la Constitución de 1988. En el MI 283-5/DF, Secretario Ponente el Juez Supremo Sepúlveda Pertence, j. 20/03/1991, el Supremo Tribunal Federal declaró que «dada la condena, la ley nueva no perjudicará la cosa juzgada, que, mientras tanto, no impedirá a la parte de obtener los beneficios de la ley posterior, en los puntos en que le sea más favorable».

²² RE 170.672-4/PE, Secretario Ponente el Juez Supremo Moreira Alves, j. 09/09/1994. Se

nados «Mandado de Injunção» 670-9/ES, «Mandado de Injunção» 708-0/DF y «Mandado de Injunção» 712-8/PA, tienen, en la práctica, eficacia *erga omnes* (ello porque los demandantes son sindicatos de funcionarios públicos²³; y además el Supremo Tribunal Federal decidió extenderlo a todos los empleados públicos). Se anuncia, por tanto, un muy delicado cambio constitucional por vía judicial²⁴, quizás una deformación constitucional²⁵.

5. CONCLUSIÓN

Montesquieu ya afirmaba que no hay libertad si el poder de juzgar no está separado del poder legislativo: «Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador»²⁶. Por tanto, debe evitarse un «mandado de injunção» cuyo producto sea una ley —tanto dictada para el caso concreto o con valor *erga omnes*—, so pena de vulnerar la organización de los Poderes y de la propia democracia.

Por otro lado, Tocqueville reconocía que «la inestabilidad legislativa (...) es un mal inherente al gobierno democrático, pues es de la propia naturaleza de las democracias conducir hombres nuevos al poder»²⁷. Identificaba en los juristas —abogados y jueces— elementos aristocráticos necesarios a la sobriedad y la conservación de la democracia, que contrarrestaban eventuales desmanes de la mayoría²⁸. Por ello, Kelsen resaltaba el papel «contramayoritario» de la jurisdicción constitucional:

«(...) En cuanto asegura la formación constitucional de la ley y en particular su constitucionalidad material, ésta [la jurisdicción constitucional] es un medio de protección efectiva de la minoría contra los abusos de la mayoría. El dominio de esta última es soportable sólo si se ejerce de modo regular. (...)»²⁹.

trataba de recurso extraordinario interpuesto contra el «mandado de injunção» concedido por el Tribunal de Justicia del estado de Pernambuco. Aquella Corte había determinado la institución de la Fiscalía Pública del estado de Pernambuco, regulándola, aun en detalles tales como competencias, organización, carrera, presupuesto, patrimonio, entre otros aspectos.

²³ Sindicato de los Funcionarios de Policía Civiles del Estado de Espírito Santo, Sindicato de los Trabajadores de Educación del Municipio de João Pessoa y Sindicato de los Trabajadores del Poder Judicial del Estado del Pará, respectivamente.

²⁴ FERRAZ (1986): 102-145.

²⁵ FERRAZ (1986): 134.

²⁶ MONTESQUIEU (1995): 119.

²⁷ TOCQUEVILLE (1998): 192.

²⁸ TOCQUEVILLE (1998): 205.

²⁹ KELSEN (1981): 202.

Pero en verdad las frecuentes modificaciones producidas en la jurisprudencia constitucional brasileña comprometen la seguridad jurídica. La literalidad legislativa hasta puede ser efímera por fuerza de modificaciones llevadas a efecto por el propio Poder Legislativo, pero eso no debe provenir de la actividad del Poder Judicial. Un mismo texto legal no puede, y no debe, ser interpretado por el Poder Judicial de diferentes maneras, especialmente, por el órgano que lo encabeza³⁰. El Supremo Tribunal Federal debe contrarrestar los abusos de la mayoría, no tomar su lugar.

La crisis por la que pasa el proceso legislativo brasileño abre un espacio cada vez mayor para los decretos leyes, así como, en el límite, para un «mandado de injunção» desfigurado. No obstante, es oportuno advertir que por peores que sean las leyes «minimizar la importancia de la deliberación parlamentaria no es un modo de hacer que la democracia sea más eficiente, sino de hacerla menos democrática»³¹.

6. BIBLIOGRAFÍA

- AMARAL JÚNIOR, JOSÉ LEVI MELLO DO (2005): «Argüição de (ir)relevância na Reforma do Poder Judiciário», *Direito Público*, núm. 7, Brasília, Instituto Brasileiro de Direito Público, 2005, pp. 95-99.
- BOVERO, MICHELANGELO (2002): *Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia*, Rio de Janeiro, Campus.
- FERRAZ, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA (1986): *Processos informais de mudança da Constituição*, São Paulo, Max Limonad.
- KELSEN, HANS (1981): «La garanzia giurisdizionale della costituzione. La giustizia costituzionale», *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè Editore.
- MONTESQUIEU, CHARLES LOUIS DE SECONDAT, baron de la Brède et de (1995): *O espírito das leis*, traducción de Fernando Henrique Cardoso y Leôncio Martins Rodrigues, Brasília, UnB.
- SILVEIRA, JOSÉ NÉRI DA (1982): «O Supremo Tribunal Federal e a interpretação jurídica com eficácia normativa», *Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, UnB, pp. 131-153.
- TOCQUEVILLE, ALEXIS DE (1998): *A democracia na América*, Belo Horizonte, Itatiaia, 1998.