

Mandado de Injunção (*)

MARCELO DUARTE

Professor de Direito Constitucional da UFBA

SUMÁRIO

1. *Novas garantias instrumentais.* 2. *Sugestões do Direito Comparado.* 3. *Antecedente nacional.* 4. *Concetto.* 5. *Objeto.* 6. *Pressupostos.* 7. *Auto-aplicabilidade e Processo.*

1. *Novas garantias instrumentais*

O Direito Constitucional brasileiro está enriquecido com novas garantias instrumentais ao alcance das pessoas, especialmente da sociedade civil, contra a atuação ilegítima dos agentes do poder público. Não mais apenas o *habeas corpus* (que adquiriu categoria constitucional em 1891), o mandado de segurança (criada pela Constituição de 1934) ou a ação popular (prevista desde a Constituição imperial de 1824 e restaurada pela de 1934 e pela de 1946). Surgem o *habeas data*, o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção, com a Constituição de 5 de outubro de 1988, assim como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Com o propósito de assegurar a efetividade de direitos subjetivos públicos proclamados na Constituição e sua imediata aplicação, sem dependência de complementação que implique adiá-la ou esvaziá-la, algumas sugestões foram apresentadas à Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88. O Senador RUY BACELAR foi autor de uma que pode ser considerada o primeiro molde do instituto. Propunha que “os direitos conferidos por esta Constituição e que dependam da lei ou de providências do Estado serão assegurados por mandado de injunção, no caso de omissão do poder público”, com “o mesmo rito processual estabelecido para o mandado de segurança”. Dois outros constituintes também sugeriram o mandado de injunção, em termos bem menos amplos, para assegurar “o acesso ao ensino básico” (Senador VIRGÍLIO TÁVORA) e para exigir-se “do Estado o cumprimento de

(*) Palestra proferida no Centro de Estudos da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção da Bahia, em março de 1989.

suas obrigações constitucionais para com a educação” (Senador JUTAHY MAGALHÃES). Diversas emendas foram apresentadas, durante as várias fases de elaboração constituinte. Foram acolhidas, no todo ou em parte, no decurso da gestação constitucional, as dos Deputados ANNA MARIA RATTES, MICHEL TEMER, MENDES RIBEIRO, NELSON JOBIM, ADOLFO OLIVEIRA e a do Senador HUMBERTO LUCENA ⁽¹⁾.

A final, o texto promulgado contém o inciso LXXI do art. 5.º, no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais):

“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.”

Fixando competência originária do Supremo Tribunal Federal, o art. 102, inciso I, da Constituição diz que lhe cabe processar e julgar:

“q — 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.”

Como sua competência recursal ordinária, cabe-lhe julgar o mandado de injunção decidido “em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão” (art. 102, II, *a*).

O art. 105, I, *h*, indica a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar originariamente:

“o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.”

Mas, no elenco de atribuições de tais justiças especiais ou de competência dos outros Tribunais Superiores, só há menção ao mandado de injun-

(1) RUY BACELAR, *O Mandado de Injunção*, Centro Gráfico do Senado Federal, 1988.

ção quanto à recorribilidade dos decididos pelos Tribunais Regionais Eleitorais (art. 121, § 4.º). Quando a Constituição se refere à Justiça dos Estados, embora preveja que possam instituir ação direta de "inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais", desde que não limitem a "legitimação para agir a um único órgão" (art. 125, § 2.º), não menciona o mandado de injunção.

Convém igualmente referir que, no art. 103, § 2.º, dispondo sobre a legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade, condições processuais e alguns de seus efeitos, a Constituição estatui:

"Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias."

Semelhanças entre o mandado de injunção e a declaração de inconstitucionalidade por omissão, como instrumentos que objetivam a efetivação de direitos proclamados pela Constituição, impõem o cotejo entre esses textos constitucionais, até para que se verifique ser mais aparente que real a aproximação entre os dois institutos novos.

2. Sugestões do Direito Comparado

Os constituintes confessam inspiração em similares estrangeiros, a começar do art. 283 da Constituição portuguesa de 1976⁽²⁾ para a criação do mandado de injunção. Pelo referido dispositivo, o não-cumprimento da Constituição, por omissão de medidas legislativas necessárias à exequibilidade de suas normas, pode fazer com que o Tribunal Constitucional dê conhecimento disso ao órgão legislativo competente, limitando-se porém a sugerir o preenchimento do vazio e sem pretender compeli-lo.

Por isso mesmo que lhe falte força injuncional, é de ver-se, antes, nesse precedente português, fonte de inspiração de inconstitucionalidade por omissão, em que o tribunal transmite o reclamo ao Legislativo. O novo instituto mandamental estaria mais relacionado com exemplares do direito anglo-americano. Em especial à *injunction*, um recurso da *equity*, utilizada para obtenção de uma ordem judicial de fazer ou não alguma coisa, isto é, "para outorga de um direito ou para impedir atuação restritiva de direitos e prerrogativas"⁽³⁾.

(2) RUY BACELAR, *ob. cit.*, p. 8.

(3) JOSÉ AFONSO DA SILVA, "Mandado de Injunção, Direito do Cidadão", artigo no *Jornal do Brasil* de 20-9-88.

Para outros estudiosos, a Constituinte teria se inspirado num instituto do direito processual constitucional alemão, a *Ver fassungsbeschwerde*, criada pela Emenda n.º 19, de 20-1-69, à Lei Fundamental da República Federal da Alemanha e semelhante ao da Constituição portuguesa, mas com eficácia maior. Por ela, o Tribunal Constitucional decide sobre pretensão de ter sido o cidadão prejudicado pelo poder público em seus direitos fundamentais ou em direitos constitucionais expressamente indicados, desde que não haja meio processual ordinário de proteção (4).

A autoridade de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO dissente dessas opiniões. Seriam ignoradas as fontes de inspiração, por não ser possível identificá-las no Direito Comparado, embora medidas com o mesmo nome possam ser encontradas no Direito anglo-americano e no italiano. Não poderia corresponder ao *Writ of injunction*, que “impõem um não-fazer,” ao passo que o mandado de injunção objetiva “o exercício de um direito, superando a falta de norma regulamentadora,” através de uma ordem de fazer. Nem encontraria similar na *injunzione* italiana, meio especial para obtenção de decisão condenatória de maneira mais simples que o processo ordinário e pressupondo prova incontestável, ante a qual o devedor só teria oposição protelatória da condenação; uma medida particularmente utilizada para cobrança de crédito (5).

3. *Antecedente nacional*

A injunção, no sentido da possibilidade de o Judiciário ordenar e compelir um outro Poder a praticar o ato ou a abster-se, não é, a bem dizer, novidade entre nós, desde o advento do mandado de segurança, com a Constituição de 1934. Quebrou-se, desde então, a regidez do princípio da separação de poderes, que não tolerava injunções do Judiciário, vistas como um reconhecimento absurdo de “poderes análogos aos de um superior hierárquico,” nos países que adotam o contencioso administrativo, a exemplo da França. Atenuou-se o princípio de que à inexecução da obrigação apenas coubesse a sanção da reparação civil do prejuízo, com outras maneiras de satisfação, dentre as quais o cumprimento mesmo da obrigação inadimplida por determinação judicial. Induvidosamente inspirado nos *writs* anglo-americanos, inclusive na *injunction*, assim como no *recurso de amparo* mexicano, o nosso mandado de segurança não é qualquer

(4) ADHEMAR FERREIRA MACIEL, “Conjecturas sobre o Mandado de Injunção”, artigo em *O Estado de São Paulo* de 1º-11-1988.

(5) V. *Curso de Direito Constitucional*, p. 275, 17ª ed., revista e aumentada, Saraiva, 1988.

um desses instrumentos judiciais de per si. "A todos resume", na clássica lição de CASTRO NUNES: "realiza a função do *mandamus* e da *injunction*, do *certiorari* e do *quo warranto* (6).

O mandado de segurança pode importar numa injunção ou ordem de fazer e compelir a autoridade à prática ou abstenção do ato. Há exemplos ilustrativos. Se a autoridade nomeia funcionário em desrespeito à ordem de classificação no concurso, o mandado de segurança, impetrado pelo preterido que esteja melhor posicionado na lista, não somente pode anular o ato de nomeação ilegal, como impor a do impetrante no cargo. De igual modo, admite-se o mandado de segurança contra omissão de autoridade em prejuízo de direito subjetivo (Súmula n.º 429 do Supremo Tribunal Federal), para compeli-la à prática do ato.

Não fossem outras circunstâncias, o mandado de injunção poderia representar apenas uma feição ou um reforço do mandado de segurança há tanto tempo utilizado no Brasil.

4. Conceito

Esta recente garantia instrumental a que se denomina mandado de injunção é ação judicial e não um aspecto a mais do direito de petição e representação em geral, utilizável perante qualquer dos Poderes. É meio pelo qual se postula uma prestação jurisdicional do Estado, somente compreensível no âmbito do Poder Judiciário. É medida processual especial, ação constitucional, que suscita o controle sobre atuação omissiva de órgãos de quaisquer Poderes, inclusive do próprio Judiciário, assegurando eficácia a direito público subjetivo emanado da Constituição, desde que "a falta de norma regulamentadora", como está ali expresso, "torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania" (artigo 5.º, LXXI). O direito subjetivo decorre diretamente do dispositivo constitucional; seu exercício é que deve estar obstado pela falta de norma inconstitucional regulamentadora. Definido o direito, a falta de norma regulamentadora (lei, regulamento ou regimento interno) deve ser suprida, em concreto, pelo órgão judiciário (o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, outro Tribunal Superior ou outro Tribunal Federal ou Estadual). Para efetivação do exercício do direito, o órgão

(6) V. *Do Mandado de Segurança*, pp. 60 a 64, Forense, 1954.

jugador especifica o comando normativo geral. A norma constitucional é integrada pelo órgão incumbido de aplicá-la *in concreto*.

Volta a ter nível constitucional e superior o que já antes se admitia no processo judiciário civil e o atual Código sem dúvida mantém em seu artigo 126 (no caso de lacuna da lei) e no 127 (recurso à equidade). O juiz não pode eximir-se de decidir; tem de resolver a questão. Como também indica o artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, deve recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito; enfim, dispor como lhe pareça de equidade. Em outras palavras, cabe-lhe criar a norma para resolver o caso. Ou, como vem do direito anterior, aplicar "a norma que estabelecerá se fosse legislador" (artigo 114 do Código de Processo Civil de 1939). Era expresso na Constituição de 1934:

"nenhum Juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão da lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito e por equidade" (art. 113, n.º 37).

E decorre necessariamente do princípio do *controle judicial*, consignado nas Constituições, como no inciso XXXV do art. 5.º do texto de 1988:

"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

A função política do Judiciário, para aplicar o ordenamento normativo ao caso, mantendo a disciplina e a paz social, juridicamente se exercita pela tradução da norma geral e abstrata através de uma norma particular e concreta. E não se esgota, mesmo num sistema de separação de poderes como o nosso, no seu dever de ajustar-se ao direito escrito, à lei emanada do órgão legislativo competente. Embora, em princípio, o juiz tenha de vincular-se à lei, o ordenamento jurídico como um todo também se compõe de normas não-escritas, como princípios pressupostos, práticas, costumes e normas de equidade, assim como a doutrina e a jurisprudência também são fontes de direito objetivo, embora secundárias. Não admite lacunas; impõe aplicação de comandos normativos em concreto, quando elas porventura parecerem configuradas. É um sistema completo (7).

(7) JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, professor da Universidade de São Paulo, resume o pensamento de NORBERTO BOBBIO, observando que a *completeude*, "característica dos direitos modernos", é "um dogma, caso ocorram duas condições: em primeiro lugar, quando existir o dever de recorrer apenas às regras do próprio ordenamento, ou àquelas por ele de algum modo reconhecidas; em segundo lugar, quando houver o dever de se pronunciar uma decisão para todo caso que se apresente". E esta é a condição do sistema jurídico brasileiro. V. "Hermenêutica e Completude do Ordenamento", in *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, nº 104 (out. a dez. 1989), p. 238.

Com o mandado de injunção e os efeitos decorrentes de sua estrutura constitucional, explicita-se novamente uma competência que o Judiciário recebia de norma infraconstitucional, sem o peso de validade desta agora decorrente de norma superior e do mesmo nível da que estabelece o sistema de divisão de poderes, com proibição de delegações nele não expressas.

5. Objeto

O mandado de injunção tem, aliás, por objeto a produção de uma norma específica e concreta para o caso, verificados os condicionamentos de que cogita a norma constitucional de sua estruturação e respeitado seu comando substancial. Não é outro o entendimento da melhor exegese até agora feita sobre o instituto.

Em artigo pela imprensa, o conceituado JOSÉ AFONSO DA SILVA, com autoridade acrescida da circunstância de ter sido um dos assessores jurídicos da Assembléia Nacional Constituinte, percebe com precisão o objetivo do mandado de injunção, no “efetivar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, em cada caso concreto que a falta de normas regulamentadora não propicie”. Objetivo esse que é distinto da declaração de inconstitucionalidade por omissão, que “visa a obter uma decisão que estimule a produção das normas (leis etc.) necessárias a integrar a eficácia do mandamento constitucional que as requeira”⁽⁸⁾.

O objeto ou efeito jurídico imediato de um é integrar a norma constitucional com uma norma particular e concreta, válida para o caso; o da outra é provocar a edição, pelo órgão normativo competente, Legislativo, Executivo ou Judiciário, de uma norma regulamentadora geral e abstrata.

Não assiste razão a quem reduza o alcance do mandado de injunção, a ponto de não achá-lo diferente, quanto aos efeitos imediatos, da declaração de inconstitucionalidade por omissão, ao argumento de que ambos os

(8) V. JOSÉ AFONSO DA SILVA, artigo citado; também: JOAO GILBERTO LUCAS COELHO, artigo no *Jornal do Brasil* de 8-11-1988, seção “Vida Nova”, sob o título “Os Novos Recursos”; MICHEL TEMER, *Elementos de Direito Constitucional*, p. 209, 5ª ed. rev. e ampliada, ed. Revista dos Tribunais, 1989; CELSO AGRICOLA BARBI, “Ainda o Mandado de Injunção”, artigo publicado no *Jornal do Brasil* de 2-12-1988; IVO DANTAS, “Mandado de Injunção”, artigo no *Jornal do Brasil* de 18-10-1988, para que a sentença provocará efeitos entre as partes, não *erga omnes*; CELSO RIBEIRO BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, pp. 357-359, Saraiva, 1989.

casos a decisão não possa ir além de sugerir a produção da norma regulamentadora ao outro poder ⁽⁹⁾. São dois institutos distintos, ainda que possam ter feição semelhante e finalidade aproximada. A Constituição os trata de modo diverso e em diferentes momentos. A lógica jurídica impõe distinguir onde a lei distinga; somente quando a lei não distingue é que ao intérprete não é dado fazer distinção.

É irrecusável, já se vê, a interpretação que compreende a efetividade do direito, no mandado de injunção, através da norma concreta da sentença, para solução do caso e sem eficácia *erga omnes*. Valerá tão-somente entre as partes. E, apenas, como um precedente não vinculante, para outros casos.

6. Pressupostos

Segundo os termos em que se expressa no preceito constitucional, resulta que o mandado de injunção tem, como pressupostos: (a) direito subjetivo público proclamado pela Constituição, (b) relativamente a direitos e liberdades constitucionais ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, (c) cujo exercício se torne inviável pela falta de norma regulamentadora integrativa, mas (d) que configure uma situação de fato comprovada sem necessidade de outras provas.

E é de natureza pública federal a matéria atinente aos direitos, liberdades e prerrogativas a que alude o texto constitucional, notadamente os inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Sem maior esforço lógico poder-se-á também chegar à extensão do mandado de injunção a casos estaduais que advenham de iniciativa criativa das Constituições dos Estados-federados, indicando a competência de seus Tribunais de Justiça.

Nem se haverá de reduzir os direitos garantidos pelo mandado de injunção aos inerentes à soberania popular, à nacionalidade e à cidadania, com exclusão de outros, a exemplo dos direitos sociais ⁽¹⁰⁾. A norma constitucional não autoriza tal restrição de conteúdo. A expressão “direitos e liberdades constitucionais”, nela empregada, é até mais abrangente do que “direitos e garantias fundamentais”, constante do Título II da Constituição, por sua vez compreendendo os “direitos individuais e coletivos” (Capítulo I), os “direitos sociais” (Capítulo II), as “prerrogativas inerentes à naciona-

(9) V. MANOEL G. FERREIRA FILHO, ob. cit., p. 277.

(10) V. MANOEL G. FERREIRA FILHO, ob. cit., p. 278.

lidade" (Capítulo III) e à "cidadania" (Capítulo IV). Quaisquer direitos constitucionais podem dar impulso ao novo instrumento.

Mas o mandado de injunção não se presta à solução de conflitos entre particulares, porventura alcançados na compreensão da norma consignada pelo § 1.º art. 5.º da Constituição, ao determinar aplicação imediata das "normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais". Nessa hipótese, será caso de recorrer-se a outros meios petitórios que não ao mandado de injunção, com contornos específicos inadequados a instrumentar aquelas pretensões.

Não terá cabimento a impetração do mandado de injunção senão contra órgão ou autoridade pública, como ensina, na recente edição de seu livro, o professor e deputado constituinte MICHEL TEMER.

De fato, o particular não tem competência para integrar normas regulamentadoras de direito constitucional e não faz sentido responsabilizá-lo pelas consequências da omissão de órgãos públicos ⁽¹¹⁾.

Já a legitimação ativa é de qualquer pessoa, natural ou jurídica, que se situe na condição prevista pelo dispositivo constitucional criador do mandado de injunção.

7. *Auto-aplicabilidade e processo*

Há quem sustente, sem razão porém, que o emprego do mandado de injunção ainda dependa da regulamentação processual do instituto ⁽¹²⁾.

Não resta contudo dúvida: o dispositivo que criou o mandado de injunção é reconhecidamente "de eficácia plena e aplicabilidade imediata", independente de lei que diga o que seja mandado de injunção, que o defina. Isso é função da doutrina e da jurisprudência. "Não se exige lei que o regulamente, que indique quais são seus pressupostos, porque isso já se extrai diretamente da norma constitucional que o institui", como ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA ⁽¹³⁾.

(11) V. MICHEL TEMER, ob. cit., p. 210.

(12) V. MANOEL G. FERREIRA FILHO, ob. cit., p. 277.

(13) Cfr. artigo já referido. JOÃO GILBERTO LUCAS COELHO, em artigo no mesmo jornal, de 26-9-1988, sob o título "Mandado de Injunção", considera *kafkiano* se fosse dependente de regulamentação o instrumento destinado a resguardar direitos contra a falta de regulamentação. CELSO RIBEIRO BASTOS, ob. cit., p. 360, reconhecendo a auto-aplicabilidade, pondera que a regulamentação do instituto será útil para dissipar dúvidas.

Dessa mesma opinião, o processualista CELSO AGRÍCOLA BARBI. Sustentou pela imprensa a auto-aplicabilidade do instituto como indiscutível, indicando, ainda: "Na pior das hipóteses, o mandado de injunção, que é uma ação judicial, será processado pelo procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil", para regular qualquer ação que não tenha procedimento especial previsto em lei. "Mas, nos casos em que os fatos forem indiscutíveis, certos, provados por documentos, pensamos que pode ser usado o do mandado de segurança, previsto na Lei n.º 1.533/51, que é adequado para os casos de prova documental" (14).

A semelhança com o mandado de segurança leva, com efeito, a concluir-se que um procedimento como o do *writ* mais antigo deva regular esta nova medida judicial. Tendo que ser diretamente postulado a um tribunal, senão àqueles mais altos do Judiciário brasileiro, o mandado de injunção há de ter curso rápido para ser eficaz. Sua impetração deve apresentar os fatos certos, indubitavelmente provados por documento. Não parece admissível que etapas demoradas e dilação probatória, próprias do processo ordinário de 1.ª Instância, tenham cabimento numa ação, com finalidade tão específica de integração da norma constitucional, diretamente decidida pelos tribunais.

O mandado de injunção nasceu para ser de logo utilizado, independentemente de regulamentação processual infraconstitucional. Sejam quais forem as dificuldades decorrentes da maneira como vem expresso no texto constitucional, devem ser inteligentemente resolvidas à base dos elementos fornecidos pela Constituição.

Ilustra a assertiva o precedente ocorrido na história do mandado de segurança e da ação popular no Brasil. Antes mesmo de surgirem as leis regulamentadoras do respectivo procedimento, a Doutrina ensinou sua utilização imediata, extraídos do texto constitucional todos os elementos para a adequada "construção" processual do instrumento. Quando, afinal, surgiram, as leis ordinárias não fizeram senão formalizar a exegese produzida pela Doutrina e encampar o entendimento assentado pela Jurisprudência em diversos casos acolhidos pelo Judiciário.

Proceda-se do mesmo modo com relação ao mandado de injunção. A lei, que advier para regulamentar seu processo, não poderá destoar das lições doutrinárias, nem dos precedentes judiciais que sejam adotados segundo as regras e princípios jurídicos cientificamente empregados.

(14) V. artigo já citado.