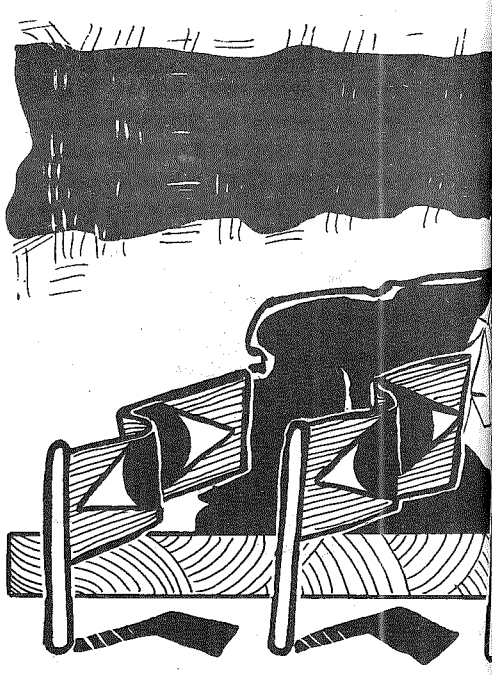
Luiz Alberto Gurgel de Faria

# As características distintivas do mandado de injunção



1 INTRODUÇÃO — Da proclamação de sua independência, em 1822, até às vésperas da promulgação da Carta Magna em vigor, a Nação Brasileira já tivera oportunidade de conhecer seis constituições, sendo uma na fase monárquica (1824) e cinco na republicana (1891, 1934, 1937, 1946 e 1967).

Em todas elas, uma característica se fazia presente: embora inseridos em seus textos, eram muitos os direitos não implementados em razão da ausência de normas regulamentadoras, não dispondo o interessado de qualquer instrumento que tornasse possível o seu exercício.

Como exemplo clássico, pode-se apontar a participação dos empregados no lucro das empresas, prevista na Constituição Federal de 1946, nunca efetivada nos vinte e um anos de vigência desta Lei.

Atentos a esse problema, os constituintes procuraram impedir que tal fato se repetisse na nova Carta Política, outorgando legitimidade a certas entidades para provocar o órgão competente a elaborar a norma pedida pela Constituição.

Originou-se, dessa forma, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Inobstante, foram mais além os "representantes do povo brasileiro", oferecendo aos cidadãos os meios necessários à fruição dos direitos ali capitulados, ainda que pendentes de regulamentação, criando um novo **writ**: o Mandato de Injunção.

São esses, pois, os institutos a serem analisados no presente trabalho.

**2. ORIGENS** — Quando do surgimento de novas entidades, não são poucos os que se propõem a estudá-las, dando ensejo a grandes controvérsias, face ao vasto campo a ser explorado.

Com relação ao mandado de injunção, a situação não é diferente, a começar pelas suas raízes.

Para José Afonso da Silva (**in** "Curso de Direito Constitucional Positivo", 6ª edição, 2ª tiragem, RT, São Paulo, 1990, p. 386), "o mandato de injunção é um instituto que se originou na Inglaterra, no séc. XIV, como especial remédio da **Equity**. Nasceu, pois do Juízo de Equidade. Ou seja, é um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (**statutes**) regulando a espécie, e quando a **Common Law** não oferece proteção suficiente. A equidade, no sentido inglês do termo (sistema de estimativa social para a formação da regra jurídica para o caso concreto), assenta-se na valoração judicial dos elementos do caso e dos princípios de justiça material, segundo a pauta de valores sociais, e assim emite a decisão fundada não no justo legal mas no justo natural. Na **injunction** inglesa como no mandado de injunção do art. 5º, LXXI, o juízo da equidade não é inteiramente desligado de pautas jurídicas... Mas a fonte mais próxima deste é o **writ of injunction** do Direito norte-americano, onde cada vez mais tem aplicação na proteção dos direitos da pessoa humana"...

Idêntica é a posição de Diomar Ackel Filho (**in** "Writs Constitucionais — Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data", 2ª edição, Saraiva, São Paulo, 1991, págs. 115/116), que, apesar de reconhecer uma maior amplitude da **injunction** americana, destaca as similitudes desta com o mandado de injunção brasileiro.

J. J. Calmon de Passos (**in** "Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data — Constituição e Processo", 1ª edição, 1ª tiragem, Forense, Rio de Janeiro, 1991, p. 104) discorda desse entendimento, repetindo a lição de Sérgio Bermudes, para quem "o mandado de injunção do sistema da **common law** jamais teve o objetivo que definimos para a nossa injunção, nem desempenha, na nação norte-americana, o papel que pretendemos dar ao nosso remédio constitucional, nem foi pensado com o objetivo a que nos propomos com a nossa injunção, nem tem história vinculada à desse instituto".

Já Ademar Ferreira Maciel ("Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão", **in** "Mandados de Segurança e de Injunção, Estudos em Memória de Ronaldo Cunha Campos", Coordenação do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, São Paulo, 1990, p. 370) entende que o mandado de injunção brasileiro foi inspirado na "inconstitucionalidade por omissão" portuguesa, emprestando-se, porém, ao novo instituto, "um controle concreto por ato omissivo de qualquer órgão público encarregado de integrar normativamente direito constitucional dá dado".

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella di Pietro (**in** "Direito Administrativo", 3ª edição, Atlas, São Paulo, 1992, págs. 440/441) observa que "o objetivo do mandado de injunção instituído no direito brasileiro, ainda que sirva ao mesmo propósito de proteção de liberdades públicas, tem alcance mais restrito, porque somente cabível no caso em 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". Assim, o mandado de injunção de outros países pode ter servido, quando muito, de inspiração, mas não como modelo seguido fielmente pelo constituinte brasileiro".

Embora no ordenamento jurídico de outras nações, não só Inglaterra, Estados Unidos e Portugal, como também Alemanha, França e Itália, seja indicada a presença de institutos similares, inclusive com a mesma denominação, as suas características, elucidadas pelo doutos, evidenciam, **data maxima venia** dos que entendem em contrário, o acerto dessa posição, face às visíveis distinções, o que leva à certeza da singularidade do mandado de injunção brasileiro.

Já no tocante à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, suas origens estão intimamente ligadas ao direito português, cuja Constituição, em seu art. 283, prevê idêntica ação, **in verbis**:

"1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autônomas, dos presidentes das assembléias 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". (**apud** José Afonso da Silva, ob. cit., p. 47)

**3. LEGITIMAÇÃO** — A Constituição da República, em seu art. 5º, inc. LXXI, assim dispõe:

"Art. 5º

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".

Do preceito supratranscrito extrai-se a idéia de que o legitimado ativamente para a impetração do **writ of injunction** é o titular "dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania", cujo exercício não se encontre viabilizado em razão da ausência de norma integradora.

Já o pólo passivo da demanda deve ser ocupado pelo Poder ou órgão competente para expedir a norma regulamentadora, além dos entes que se recusem a satisfazer a prerrogativa constitucional justamente em função da inexistência de regulamentação.

Quanto à Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, a legitimação ativa é bastante restrita, sendo conferida apenas aos órgãos expressamente previstos no art. 103 da atual Carta Política: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa de Assembléia Legislativa; Governador de Estado; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Partido Político com representação no Congresso Nacional e Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A legitimação passiva cabe ao Poder ou órgão competente para editar a norma imprescindível à integração de dispositivo constitucional.

**4. COMPETÊNCIA** — De acordo com o art. 102, I, "q", da Carta Magna em vigor, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, 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 das Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal".

Já a competência derivada da Suprema Corte está prevista no art. 102, II, "a", cabendo-lhe o julgamento, em recurso ordinário, de mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

Ao Superior Tribunal de Justiça é também conferida competência para 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" (art. 105, I, "h").

> **"O cotejo entre o** writ **inserido**
> **indicados como similares no dire**
> **laridade do mandado de injunção**
> **nalidade por omissão tem suas ra**
> **possui as mesmas característica**

Além dos dispositivos já citados, apenas o art. 121, parágrafo 4º, V, ainda trata da matéria em debate, quando prevê a hipótese de recurso contra decisão denegatória de mandado de injunção proferida pelos Tribunais Regionais Eleitorais, o que dá a certeza de que a estas Cortes cabe, igualmente, o julgamento do **writ**.

Entretanto, com relação à competência das Justiças Militar, Trabalhista e Federal, a Constituição nada dispôs, o que certamente deverá ser tratado na legislação que vier a disciplinar o novo instituto.

Aos Tribunais de Justiça também foi conferida competência, só que pelas Constituições Estaduais.

No que se refere à Ação Direta, não optou o constituinte pelo controle difuso, previsto para a ação por ato comissivo, preferindo concentrar a competência na mais Alta Corte de Justiça do país.

**5. MANDADO DE INJUNÇÃO: PROCEDIMENTO E PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS** — Logo após a promulgação da vigente Lei Maior, chegou-se a questionar a auto-aplicabilidade do seu art. 5º LXXI.

Todavia, a grande maioria dos doutrinadores opinava pela sua eficácia imediata.

Com as primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal, conhecendo da injunção, e com o advento da Lei nº 8.038/90, que em seu art. 24, parágrafo único, mandou observar, do **writ of injunction** e no **habeas data**, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica, tal entendimento restou consagrado, inexistindo, hoje em dia, dúvidas quanto a essa matéria.

Por sua vez, os pressupostos do novo remédio jurídico são extraviados do preceito constitucional supracitado: a) ausência de norma regulamentadora que possibilite a fruição dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, b) ser o impetrante titular dos direitos, das liberdades ou prerrogativas postulados.

**rt. 5º, LXXI, CF, e os institutos alienígena leva à certeza da singu- sileiro; já a ação de inconstitucio- ligadas ao direito português, onde**

Há de se observar que a expressão "norma regulamentadora" deve ser compreendida de modo a alcançar não só as leis, como também decretos, portarias ou outros atos administrativos necessários à disciplinação de dispositivo constitucional.

6. OBJETO — No estudo do Mandado de Injunção, verifica-se que os debates mais acirrados se concentram na análise de seu objeto.

Afinal, de acordo com o art. 5º, LXXI, CF, qual a sua finalidade?

A resposta a esta indagação vem dividindo os doutos.

Segundo Hely Lopes Meirelles (in "Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data", 13ª edição, 2ª tiragem, RT, São Paulo, 1991, p. 141), no julgamento do mandado de injunção, "a Justiça determinará que o órgão competente (do Legislativo, do Executivo ou do próprio Judiciário) expeça a norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente dessa normatividade ou decidirá concretamente sobre o exercício do direito do postulante, se entender dispensável a norma regulamentadora".

Já Celso Agricola Barbi ("Mandado de Injunção", in "Mandados" cit. p. 391) oferece a seguinte opinião: "A fórmula que parece mais adequada, e já vem merecendo a preferência dos que escreveram sobre o assunto na imprensa, ou em entrevistas, é a de o juiz criar, para o caso em concreto do requerente de mandado de injunção, uma norma especial, ou adotar uma medida capaz de proteger o direito do autor da demanda". Semelhante é a posição de Diomar Ackel Filho (ob. cit. p. 126) e Wander Paulo Marotta Moreira ("Notas sobre o Mandado de Injunção", in "Mandados" cit., p. 146).

J. J. Calmon de Passos (ob. cit. p. 100) assim manifesta o seu entendimento: "Não cabe ao Supremo verificar os fatos e dizer que, no caso em lide, o autor no mandado de injunção tem esta ou aquela situação jurídica, faz jus ou não a determinada prestação etc. Esses são aspectos que devem ser previamente resolvidos no processo ajuizado nos moldes previstos em nossa ordem jurídica: o que cumpre ao Supremo é deferir o conteúdo (para o caso concreto) da norma regulamentadora que o juiz do caso concreto vai aplicar para tutela do interesse consubstanciado na lide postapara sua decisão. O juiz decide a lide; o Supremo, a questão federal constitucional (inconstitucionalidade por omissão)".

Para Ulderico Pires dos Santos (**apud** Maria Sylvia Zanella di Pietro, ob. cit., p. 441), "a decisão judicial limitar-se-á a marcar prazo para o poder regulamentador praticar o ato que lhe compete (regulamentar o que estiver dependendo de regulamentação), isto é, para dentro dele prestar sua declaração de vontade, sob pena de a ter por enunciada pela ordem judicial, caso em que esta servirá como título autêntico para investir o titular no seu efetivo exercício, independentemente da regulamentação faltante".

Por sua vez, José Afonso da Silva (ob. cit., p. 388) manifesta-se no sentido de que "o mandado de injunção tem, portanto, por finalidade, realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado de injunção pedir a expedição da norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º)".

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (**apud** Maria Sylvia Zanella di Pietro, ob. cit., p. 441), "o alcance do mandado de injunção é análogo ao da inconstitucionalidade por omissão. Sua concessão leva o judiciário a dar ciência ao Poder competente da falta de norma sem a qual é inviável o exercício de direito fundamental. Não importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilidade do direito".

Foi este o entendimento que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do MI nº 107-3-DF, verdadeiro **leading case**, em que o Ministro Moreira Alves, relator, assim sentenciou: "O mandado de injunção é ação que se destina a obter uma sentença que declare a ocorrência da omissão inconstitucional ou que marque prazo para que isso não ocorra, a fim de que se adotem as providências necessárias à eliminação dessa omissão" (**apud** Diomar Ackel Filho, ob. cit., p. 129).

Tal posição foi inspirada na prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, conforme destacou, naquela ocasião, o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso (Ementário 1.595-1, p. 76, **apud** LEX 158/107).

Apesar da autoridade dos integrantes da Suprema Corte, a quem cabe dar a palavra final em tema constitucional, a se perpetuar essa orientação, estaria se esvaziando por completo o **writ**, já que o seu principal objetivo — tornar possível o exercício de direitos constitucionais, ainda que pendentes de regulamentação — não seria alcançado.

Felizmente aquele Colendo Tribunal, ao julgar o MI nº 283-5/400-DF, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, demonstrou uma considerável evolução no seu posicionamento. A ementa do decisório (trecho) reflete com maestria a nova orientação:

"Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, parágrafo 3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos.

4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para:

a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, parágrafo 3º, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e à Presidência da República;

b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada;

c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem;

d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável". (LEX 158/98-99).

Embora seja necessária a propositura de outra ação para a concretização do direito, essa nova orientação se configura no primeiro passo para que o mandado de injunção possa vir realmente a tornar possível o exercício dos direitos constitucionais não regulamentados.

Nos debates que envolveram o julgamento da demanda, o Ministro Moreira Alves ponderou não ser possível proferir uma sentença constitutiva, pois o Supremo seria obrigado a julgar até dez mil casos análogos, o que o inviabilizaria (LEX 158/110-111).

São perfeitamente compreensíveis os argumentos do decano da Suprema Corte. No entanto, não parece ter sido intenção do constituinte remeter a uma outra ação a concretização do direito, o que poderia ocorrer no próprio mandado de injunção.

Naquele Excelso Tribunal, dois de seus mais novos integrantes dissentem do entendimento ali predominante: os Ministros Marco Aurélio Mendes de Mello e Carlos Mario da Silva Velloso.

Este assim sintetiza o seu pensamento:

"O mandado de injunção, por ter caráter substantivo, faz às vezes da norma infraconstitucional ausente e integra o direito ineficaz, em razão da ausência dessa norma infraconstitucional, à ordem jurídica, assim na linha da lição de Celso Barbi, no sentido de que o juiz cria "para o caso concreto do autor da demanda uma norma especial", ou adota "uma medida capaz de proteger o direito reclamado". ("As Novas Garantias Constitucionais", RDA 177/14,24, **apud** LEX 158/115).

Creio ser esta a exegese que melhor reflete a finalidade do instituto inserido no inciso LXXI, art. 5º, da Constituição Federal, e que tem, como defensores, Celso Agrícola Barbi, Diomar Ackel Filho, Wander Paulo Marotta Moreira, dentre outros.

O preceito supracitado parece claro quanto à extensão do mandado de injunção: sua concessão tem por escopo viabilizar o exercício dos direitos constitucionais não regulamentados. E tal desiderato só pode ser alcançado se o Juiz integrar, para o caso concreto, a norma constitucional, tornando-a aplicável.

A se acolher a tese da analogia dos institutos, o mandado de injunção seria totalmente inócuo, pois teria a mesma finalidade da ação de inconstitucionalidade por omissão, apenas com uma legitimação mais ampla, o que não creio ter sido o desejo do constituinte.

Há de se renovar, contudo, que a nova orientação do Supremo (MI nº 283-5/400-DF) já constitui um importante avanço, devendo as dúvidas quanto ao real alcance do mandado de injunção serem dissipadas com a promulgação da lei que vier a discipliná-lo.

Quanto à ação por omissão, o assunto é pacífico: declarada a inconstitucionalidade, dá-se ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de 30 dias (art. 103, parágrafo 2º, CF).

Como se pode verificar, essa ação padece de efeitos mais concretos, pois, embora não se coloque em dúvida o caráter mandamental da sentença que declare a inconstitucionalidade, nenhuma sanção poderá ser infligida ao Poder que deixar de atendê-la, dada a independência e harmonia existentes entre os Poderes, sendo passível de cominação apenas os órgãos administrativos.

Este aspecto não retira o mérito do constituinte em ter criado mais uma forma de controle da constitucionalidade das leis. Ele poderia, entretanto, ter ido mais além se fosse prevista uma "decisão judicial normativa, para valer como lei se após certo prazo o legislador não suprisse a omissão", conforme propusera José Afonso da Silva (ob. cit., p. 54).

7. CONCLUSÃO — A inserção dos dois novos institutos estudados reflete a preocupação do constituinte em promover a efetiva aplicação do Texto Legal promulgado em 05.10.88.

Em princípio, alguns doutrinadores chegaram a defender a similitude das entidades estudadas, entendimento este acolhido pelo Supremo Tribunal Federal (MI nº 107-3-DF), o que contribuiu para o esvaziamento do **writ**.

Com a evolução do seu posicionamento, o Pretório Excelso passou a admitir a integração da norma constitucional por intermédio do mandado de injunção, o que indiscutivelmente será decisivo para o fortalecimento desta nova garantia.

É certo que, de acordo com esse entendimento, ainda se faz necessário ingressar com outra ação para se pleitear a concretização do direito. Mas tal situação poderá ser reavaliada pelo Supremo, que se demonstrou propenso a novas construções, conforme destacou o Ministro Paulo Brossard, no já referido **leading case**:

"O tempo se encarregará de mostrar aspectos novos, de mostrar que as construções agora recém-esboçadas apresentam tal ou qual lacuna, tal ou qual deficiência. É provável que isso venha a acontecer, porque as construções jurídicas não saem perfeitas e acabadas de uma vez só. Elas vão sendo completadas, corrigidas, aditadas à luz das necessidades sociais, à luz dos fatos concretos". (Ementário 1.595-1, p. 80, **apud** LEX 158/107).

A nova orientação do Supremo foi de vital importância, também, para ressaltar as distinções entre os institutos.

Com base no estudo realizado, pode-se assim sintetizá-las:

a) o cotejo entre o **writ** inserido no art. 5º, LXXI, CF, e os institutos indicados como similares no direito alienígena leva à certeza da singularidade do mandado de injunção brasileiro; já a ação de inconstitucionalidade por omissão tem suas raízes ligadas ao direito português, onde possui as mesmas características;

b) a legitimação ativa para promover o mandado de injunção pertence ao titular do direito constitucional não exercitado por falta de norma regulamentadora, enquanto a ação direta só pode ser iniciada pelos órgãos expressamente enumerados no art. 103 da Constituição; por sua vez, o pólo passivo da **injunction** deve ser ocupado pelo Poder ou órgão competente para expedir a norma integradora, além dos entes que se recusem a satisfazer a prerrogativa constitucional justamente em razão da ausência de regulamentação, o que inocorre na ação por omissão, onde não se exige a presença destes entes;

c) no **writ of injunction**, o julgamento é da competência de diversos Tribunais, diferentemente do que ocorre, na ação de inconstitucionalidade por omissão, cuja competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

d) o mandado de injunção tem por objeto a integração da norma constitucional, pelo Juízo, no caso concreto, de modo a tornar possível o exercício dos direitos constitucionais não regulamentados; já a ação direta visa à declaração de inconstitucionalidade por omissão, dando-se ciência ao "Poder competente para adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias", sendo desprovida de efeitos mais concretos.

**Luiz Alberto Gurgel de Faria é assessor de juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região.**