DOUTRINA

MANDADO DE INJUNÇÃO

WLADIMIR BALICO
Ex-aluno, Bacharel da Turma 1991.

I - INTRODUÇÃO

O instituto do mandado de injunção é criação da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXXI). Ele surgiu para suprir a inércia do legislador quando ela impedisse a efetivação de direitos assegurados pela Constituição, pela falta de regulamentação, como ocorre, "verbi gratia", art. 7º, XI da Carta Maior, que prevê a "participação nos lucros... conforme definido em lei" (a Constituição de 1946 previa a participação nos lucros das empresas, dependendo de regulamentação que não foi feita, tornando-a letra morta nos 21 anos de vigência da referida Constituição).

Os pressupostos constitucionais são três:

1 - existência de um direito ou liberdade constitucional ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania.
2 - falta de norma regulamentadora;
3 - inviabilidade do exercício desse direito, liberdade... em virtude da "falta de norma regulamentadora".

No Mandado de Injunção deve haver a lacuna técnica - existência de um nexo causal entre o "vacum juris" e a impossibilidade do exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (Celso de Mello, MI 81-6 (Ag Rg) RT 659, p. 213).

O mandado de injunção tutela também o meio ambiente ecologicamente equilibrado assegurado a todos (225, C.F.) - mas, que dependa de uma norma regulamentadora, cuja falta está tornando inviável o seu exercício, vg, uma indústria poluidora que se instala sem estudo prévio de impacto ambiental, tido como indispensável pela C.F., 225, § 1º, IV. A esse estudo deve ser dada ampla publicidade, nos termos de porvindoura regulamentação. Tal não ocorrendo, conceder-se-á mandado de injunção para que a atividade agressiva ao meio ambiente seja obstada.

Contudo, nem sempre é fácil saber-se quais os direitos protegíveis, quais os que preenchem os pressupostos do mandado de injunção pois, há falta de exemplos no Direito Comparado; ainda não se formou jurisprudência sobre o assunto e a redação do inciso LXXI do art. 5º é imprecisa.

II - INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA x INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA.

A) Celso A. Barbi entendeu que as prerrogativas inerentes à nacionalidade,

à soberania e à cidadania abrangem os direitos sociais e os direitos políticos (a nacionalidade abrange, vg, a ocupação dos cargos de carreira diplomática - CF, 12, § 3º); a cidadania abrange o direito de votar e ser votado (CF art. 14); a soberania que normalmente é atributo do Estado, da Nação ou do Poder Constituinte, teria, na ótica do legislador, visado a soberania popular (art. 14, CF) com os meios de seu exercício - sufrágio universal, voto secreto e direto... enfim, tudo aquilo que a Lei Maior assegura a uma pessoa torna-se direito desta, não se excluindo do campo de proteção do mandado de injunção nenhum direito garantido constitucionalmente, desde que dependa de norma regulamentadora para sua efetivação; **B)** Galeno Lacerda: ... No campo civil, não há quase lacunas a preencher; no campo dos direitos sociais, sim. Criaram-se aí, vários e importantes direitos à espera de legislação ordinária ou complementar (no mesmo sentido: José Afonso da Silva, in "mandado de injunção", direito do cidadão, "Jornal do Brasil, Rio, 18.10.88; José Carlos Gal Garcia, in "O Mandado de Injunção", O Estado do Paraná, Curitiba, 16.10.88; Adhemar Ferreira Maciel, in "mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão", RF 304/3). **C)** José Carlos B. Moreira (palestra na Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro): entende que o mandado de injunção é admissível, sempre na falta da norma regulamentadora, não apenas para assegurar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, como ainda, para dar efetividade a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mesmo quando essas prerrogativas não emanem, diretamente, da Constituição, mas sejam asseguradas em outras leis de menor hierarquia - regras infraconstitucionais, para usar expressão cara hodiernamente, aos Ministros do Supremo Tribunal, como se lê nos seus despachos recentes - mas cuja viabilidade, melhor, cuja efetividade dependa de norma regulamentadora, por exemplo: uma norma de direito eleitoral, editada por lei ordinária e que assegure prerrogativa, cuja efetividade fique dependente de outra norma regulamentadora. Nesse caso, o mandado de injunção também será cabível, posto que a prerrogativa não esteja assegurada na Constituição, mas em texto de menor hierarquia. **D)** Manoel Gonçalves Ferreira Filho (in "Notas sobre o Mandado de Injunção", Repertório de Jurisprudência IOB Tributário e Constitucional 20/88, p. 297) entende que a parte final do inciso LXXI, do art. 5º da CF... inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, restringe o alcance do Mandado de Injunção, adotando a interpretação restritiva para o instituto.

Nem todo direito constitucionalmente assegurado, mas dependente de regulamentação pode ser protegido pelo mandado de injunção pois, sua proteção pode depender de meios muito complexos e que a natural limitação do juiz não poderá suprir. Como exemplo temos o artigo 7º, IV, que assegura o salário mínimo, cuja fixação seria impossível ao juiz devido à complexidade dos dados necessários à sua fixação. Outro exemplo é o direito à educação, previsto no artigo 205: pode se assegurar através do mandado de injunção o direito à matrícula de uma criança em determinada escola em que se alegue falta de vagas mas, não é possível assegurar igual direito a uma criança que resida em local onde não exista a escola pois, não cabe injunção para impôr construção de uma escola.

Não caberá também o mandado de injunção quando o direito invocado já foi regulamentado, caso em que o impetrante será cerecedor da ação. O mesmo ocorrerá se a regulamentação ocorrer durante o curso da ação pois, conforme lição de Liebman, o juiz deverá julgar pela carência (ou descabimento) da ação se, na hora da sentença, já não ocorram todas as condições da ação, ainda que inicialmente elas existissem (contrario sensu, pode-se dizer que, se por qualquer motivo o juiz não percebeu a falta de qualquer das condições da ação no momento inicial, que no curso da ação essa condição venha a existir, deverá o juiz julgar o mérito, visto que o mandado de injunção é uma ação cognitiva. Se o dispositivo constitucional não necessita de regulamentação, descabe o "writ" (Min. Celso de Mello, in DJU de 24.10.89, pp 16.230/32 - MI 164 - 2 - SP STF).

A totalidade dos julgados em relação ao mandado de injunção (RT's 639, 640, 644, 645, 646, 651, 652, 653, 654, 655, 657, 659) deram pelo descabimento da ação. Em sua maioria, os pedidos versavam sobre normas auto-aplicáveis (artigos 8º, 47 dos Atps das Disposições Constitucionais Transitórias; artigo 128, § 1º da Constituição Federal, etc). A Doutrina também tem esse entendimento (RT's: 637, 644, 647, 651).

III - AUTO-APLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO

A norma instituidora do mandado de injunção é de eficácia plena, de aplicabilidade imediata. Ele não depende de norma regulamentadora (a tese da regulamentação geraria um pedido de mandado de injunção para garantir a admissibilidade de um segundo mandado de injunção, diz Athos G. de Carneiro).

O mandado de injunção foi instituido no elenco dos direitos e garantias fundamentais, exatamente para assegurar a efetividade de direitos que a Carta Política não quis se esvaziasse de conteúdo prático pela falta de norma regulamentadora. Além do mais, diz o § 1º, do artigo 5º que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", e o mandado de injunção é garantia fundamental, pois assegura outros direitos constitucionais ameaçados de não uso por falta de norma regulamentadora. Destarte, conclui-se que a norma sobre mandado de injunção está em pleno vigor e ela pode ser requerida independentemente de regulamentação.

IV - FINALIDADE

A finalidade do mandado de injunção é garantir o exercício de um direito ou liberdade constitucional ou de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, que está inviabilizado por falta de norma regulamentadora.

V - ORIGEM

Ponto comum na doutrina é que o mandado de injunção provoca um juízo

de eqüidade.

Historicamente, o mandado de injunção foi buscado no Direito Constitucional português. É a origem mais próxima do instituto, uma variação ou mesmo uma complementação da ação de inconstitucionalidade por omissão do Direito Constitucional português (Adhemar Ferreira Maciel).

Ontologicamente, o mandado de injunção provém do direito anglo-saxônico. Lá há a "prohibitory injuction", para vedar a prática de atos violadores do direito; e a "mandatory injuction", para ordenar a prática de ato cuja omissão viola direito. O descumprimento da ordem de injuction, pela negativa de obedecê-la, pela autoridade pública ou pelo particular constitui "contempt of Court", isto é, desacato à Corte, sancionado com prisão decretada em forma sumaríssima pelo Tribunal (Swenson, in Federal Administrative Law, Nova York, 1952, pp 226 e 227).

Hélio Tornaghi cita um curioso caso de mandatory, ocorrido no Texas, quando um certo Warfield, obteve injunção contra um vizinho, para que ele se abstivesse de fazer corte à sua mulher.

Rogério Lauria Tucci e José Rogério Tucci, entendem que o mandado de injunção se filia à Verfassungsbescherde, do Direito Constitucional alemão, o qual se destina a veicular reclamação contra o Órgão Público, em decorrência de ato ou omissão dele (o instituto alemão serve, sob certo aspecto, para complementar o sistema de direitos e garantias instituidos pela lei fundamental).

Na enciclópédia "Americana Jurisprudence", o verbete "injuctions" ocupa, no volume 42, em tipo miúdo, nada menos de 490 páginas.

Para Galeno Lacerda o mandado de injunção é um rótulo estrangeiro utilizado para batizar remédio concebido no Brasil.

Na linguagem corrente, injunção significa imposição (é pleonasmo à norma).

VI - ASPECTOS PROCESSUAIS

A - Natureza Jurídica

Em decorrência da interpretação ampliativa das garantias constitucionais, diz-se que a norma regulamentadora do mandado de injunção é de natureza substancial e processual. Caso especial é o das "normas programáticas", que não criam imediatamente direitos e cuja execução depende de legislação ordinária que as desenvolva. Elas, não contendo nenhum direito subjetivo, não podem ser objetivo do mandado de injunção - que não tem por finalidade compelir o Legislativo a fazer leis; nem pode o juiz tomar o lugar deste na elaboração de leis.

O mandado de injunção é uma ação de conhecimento constitutiva pois, o Judiciário apenas edita (constitui) a norma regulamentadora do direito. A partir disso, pode o interessado exigir, em juízo, o cumprimento do seu direito, valendo-se da via judicial adequada.

B - Função da Sentença

Várias são as considerações a respeito do meio de proteção; porém, todas

refutáveis, pois, vejamos:

1 - A sentença que acolhesse o pedido compeliria o Poder Legislativo a elaborar a lei regulamentadora. Mas, aí não haveria o respeito à independência dos Poderes (artigo 2º da CF) e à liberdade de voto dos Deputados e Senadores.

2 - A sentença determinaria ao omitente que baixasse a norma regulamentadora (Manoel G. F. Filho). Mas, essa é a solução constitucional para a inconstitucionalidade por omissão, que não se ajusta ao mandado de injunção.

3 - O juiz assume o papel do legislador ordinário omisso e cria uma norma geral regulamentadora. Mas, aí, haveria uma atuação além do caso concreto, o que não é compatível com a natureza da função jurisdicional. A norma geral é função do Poder Legislativo.

4 - A sentença limita-se a declarar a omissão do Poder Legislativo (usado na Corte Constitucional alemã), o que não soluciona o problema do impetrante pois, seria como uma simples declaração de inadimplemento. Além disso não teria o caráter impositivo do mandado de injunção.

5 - O juiz cria - para o caso concreto (lembremos do juízo de eqüidade que o mandado de injunção provoca) - uma norma especial, ou adota uma medida capaz de proteger o direito do autor da demanda. Essa solução estaria de acordo com a função tradicional da sentença, que é resolver o caso concreto levado ao Poder Judiciário mas, sem usurpar os outros poderes. Essa solução, entretanto, pode violar o princípio da isonomia e vai contra o princípio da celeridade processual pois, surgem centenas ou milhares de causas julgadas, necessitando-se um julgado para cada causa e a multiplicidade de julgados poderia, diante de situações idênticas, conferir direitos diferenciados.

José Carlos Barbosa Moreira entende que o juiz, no mandado de injunção, não apenas edita a norma regulamentadora, como também faz atuar a sua vontade concreta, quer dizer, o juiz compõe a lide, resolve o conflito assegurando, desde logo, o direito, a liberdade, a prerrogativa cujo exercício a falta de norma regulamentadora tornava inviável. Concedendo injunções, os juízes de todas as instâncias estarão exercendo, normalmente, a jurisdição, atuando a vontade concreta da lei mediante sentenças suscetíveis de fazer coisa julgada somente às partes entre as quais forem dadas (também esta idéia foi manifestada por Aldo Tornaghi).

C - Há Processo?

Para José I. Botelho de Mesquita, no mandado de injunção não há lide, não há conflito de interesses, mesmo porque o impetrante, ao se valer do mandado de injunção, está reconhecendo a falta de norma regulamentadora e, desse modo, está concordando com a fundamentação do ato de resistência que tornou inviável o exercício do seu direito. Entende ainda que, no mandado de injunção, não há um processo de jurisdição contenciosa, e sim, de jurisdição voluntária (nesse sentido também se encontra Vicente Grecco Filho; contra: J.J. Calmon Passos, in Mandado de segurança coletivo, Rio, Forense, 89 p. 98), devendo ser notificado, para prestar informações, o responsável pelo ato de resis-

tência ao cumprimento do direito constitucional, após o qual ouve-se o Ministério Público e julga-se.

D - Legitimação Ativa.

Com relação à legitimação ativa não existem divergências. Terá legitimação ativa o titular do direito ou liberdade prerrogativa constitucional cujo exercício tenha sido obstado. Pode ser nacional, estrangeiro, pessoa física ou jurídica e até mesmo entidades associativas (5º, XXI, CF) atendendo às novas tendências em se ampliar o instituto da substituição processual.

E - Legitimação Passiva.

Se a ação de injunção visa, inquestionavelmente, à tutela de uma pretensão, ela deverá ser exercida contra a pessoa-pública ou privada - que se opõe à pretensão.

Destarte, a legitimação passiva deve ser determinada pela lide, atual ou iminente, ocupando o polo passivo da relação processual quem, no conflito, exerceu a resistência, opondo-se ou ameaçando opor-se ao exercício do direito, da liberdade ou das prerrogativas constitucionais garantidas na Carta Maior. Não será, portanto, do órgão ao qual caberia editar a norma regulamentadora faltante, a legitimidade passiva pois, quando a Constituição estabelece a legitimidade passiva pois, quando a Constituição estabelece a competência do STF (102, I, "q") e do STJ (105, I, "h"), não visa a "legitimatio ad causam", há apenas um critério de estabelecimento de competência do órgão jurisdicional.

F - Procedimento

Quando os fatos forem certos seguirá o procedimento do mandado de segurança, uma vez que concedido também resulta em uma ordem a ser obedecida pela autoridade, sempre que isso for necessário para garantir o direito do requerente, ou seja: o mandado de segurança também tem caráter de injunção, de imposição. Pode ocorrer até a confusão entre ambos os institutos, "verbi gratia", quando os fatos forem certos e a lesão decorrer da omissão do órgão público que deveria ter feito a norma.

Quando os fatos dependerem de prova testemunhal, pericial, ..., seguirá o procedimento ordinário do Código de Processo Civil, após a fase de prestação de informações pela autoridade. O STJ consagrou em seu Regimento Interno que "no mandado de injunção e no habeas data, serão observadas as normas da legislação de regência. Enquanto estas não forem promulgadas, observar-se-ão, no que couber, o Código de Processo Civil e a Lei 1533/51.

G - Competência.

A competência para o julgamento do mandado de injunção é fixada em razão da autoridade ou órgão incumbido de elaborar a norma regulamentadora,

e não em razão da autoridade, órgão ou pessoa que deva suportar os efeitos da injunção. Há casos em que o mandado de injunção deve ser impetrado contra o particular: CF, 7º, XXI, aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de 30 dias. Daí que um funcionário em 5 anos de serviço teria direito a um maior espaço de aviso prévio.

A competência originária do STF é fixada tendo em vista a hierarquia da autoridade tal qual no mandado de segurança (CF, 102, I, "q"). A competência originária do STJ está fixada no artigo 105, I, "h" da Lei Maior.

Salvo na Justiça Eleitoral - que tem regulada a matéria de competência sobre mandado de injunção no artigo 121, § 4º, V - a Constituição Federal não tem normas sobre a competência originária ou recursal de vários outros tribunais em matéria de mandado de injunção, e o caso deverá ser resolvido por lei ordinária ou ainda pelos regimentos internos. Em São Paulo, a competência é do Tribunal de Justiça (Constituição Estadual, 74, V), seja de que natureza for o órgão estadual ou municipal que esteja no polo passivo.

É aconselhável que o órgão julgador seja o Pleno ou Órgão Especial para que não se edite norma diferente sobre a mesma matéria.

Os tribunais devem criar, pelo método "constructionn" aos casos concretos que forem surgindo regras adequadas para processar e julgar esses pedidos. Essa construção deverá inspirar-se no princípio da hierarquia da autoridade - que norteia os casos de mandado de segurança e os casos de competência do STF e STJ em matéria de mandado de injunção.

H - Recursos.

Caberá recurso para o STF, nos casos do artigo 102, II, "a" da Carta Magna; e para o STJ nos casos do artigo 105, III em casos julgados pelo Tribunal de Justiça, desde que atendidos os pressupostos constitucionais do referido artigo. Caberá ainda recurso extraordinário, desde que atenda aos pressupostos constitucionais do 102, III da CF.

Os embargos de declaração são sempre cabíveis.

VII - DOS CONFRONTOS

1 - Mandado de Injunção X Mandado de Segurança

A - O mandado de segurança protege o "direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data". E, líquido e certo "é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração" (Hely Lopes Meireles). No mandado de injunção, o direito é manifesto na sua existência mas, nem sempre é "delimitado na sua extensão" e de modo algum é "apto a ser exercitado".

B - O mandado de segurança pressupõe "uma ilegalidade ou abuso de poder" e o mandado de injunção pressupõe "a falta de uma norma regulamentadora".

C - O mandado de segurança só é impetrável contra ato de autoridade ou agente público; já o mandado de injunção é cabível contra ato de resistência ao cumprimento de um direito constitucional, provenha este ato de agente público ou particular.

2 - Mandado de Injunção X Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A - O mandado de injunção visa a garantir o exercício de um direito (aqui incluem-se as prerrogativas) ou liberdade constitucional; já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa a tornar exequível qualquer norma constitucional não regulamentada.

B - Com relação à legitimação ativa: na ação de inconstitucionalidade, tem-na o Presidente da República, ... (CF, 103); já no mandado de injunção, tem-na a pessoa detentora de um direito inviabilizado por falta de norma regulamentadora.

C - O mandado de injunção visa regular um direito subjetivo; a ação de inconstitucionalidade serve de tutela ao direito objetivo.

D - Na ação de inconstitucionalidade, o Poder Judiciário comunica a omissão; no mandado de injunção, ele supre a omissão normativa e tal decisão num julgamento de eqüidade, ou seja, fora das regras do Direito Positivo, às quais está adstrita a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A decisão não complementará a norma ou explicitará o que estava escrito com eficácia condicionada. O juiz ou tribunal cria o regulamento exigido.

3 - Mandado de Injunção X Habeas Data

A - O mandado de injunção serve para a proteção de qualquer direito ou liberdade constitucional ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania enquanto o habeas data protege tão somente o direito à intimidade.

B - O habeas data é personalíssimo (só o interessado pode propô-lo, ninguém mais); o mandado de injunção admite a substituição processual.

VIII - MEDIDAS ADEQUADAS

O difícil trabalho de imaginar qual a norma ou medida adequada ao caso concreto cabe ao advogado (exige conhecimento jurídico e espírito prático para saber o que é conveniente e o que é possível em cada caso). E a dificuldade aumenta quando se recorda que o juiz julga nos limites do pedido formulado na inicial. E mais: nas ações comuns não há problema mas, num tipo novo de ação, como é o caso do mandado de injunção, em que não há doutrina ou direito comparado de que se socorrer, aumenta a dificuldade.

Ao juiz compete a função de avaliar criteriosamente a solução proposta no pedido.

A força vinculadora da decisão (como ocorre no Direito inglês e americano) surgirá, sem dúvida, da reiteração dos julgados, compondo assim, uma regra

consuetudinária, como ocorreu com o Direito Trabalhista, Direito Aeronáutico e, em época mais remota, Direito Comercial.

BIBLIOGRAFIA:

RT's 636 à 660 (10/88 à 10/90)
Helly Lopes Meirelles: "Mandado de Segurança" p. 137
Vicente Greco Filho: "O Estado de São Paulo" de 17.04.91
RT 637: Doutrina: Celso Agricola Barbi, pp 7-12
RT 639: Julgado STF, pp 180-186
RT 640: Julgado TJSP, pp 304-305 (matéria criminal)
RT 641: Doutrina: Marcos A. D. Grangeia
RT 642: Doutrina: Sérgio Bermudes, pp 21-25
RT 644: Doutrina:
RT 644: Julgado 1. TACSP, pp 100-111
RT 645: Julgado TJSP, pp 62-63; 128-129
RT 646: Julgado STF, pp 173-174
RT 647: Doutrina: Luiz Flávio Gomes
RT 651: Doutrina:
RT 651: Julgado 1. TACSP, pp 105-106
RT 651: Julgado STF, pp 203-205
RT 652: Julgado 1. TACSP, p 93
RT 653: Julgado TJSP, pp 85-86
RT 654: Julgado 1. TACSP, pp 117-118
RT 654: Julgado TARS, pp 181-182
RT 655: Julgado STF, pp 205-207
RT 657: Julgado STJ, pp 173-177
RT 659: Julgado STF, pp 213-215

Obs.: Nas RT's não relacionadas nada consta da matéria abordada.