

MANDADO DE SEGURANÇA E MANDADO DE INJUNÇÃO

NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Prof. Doutor **CELSO AGRICOLA BARBI** da
Faculdade de Direito da Universidade Federal de
Minas Gerais.

MANDADO DE SEGURANÇA

SUMARIO

- 1 — Sistema vigente até 4 de outubro de 1988.
- 2 — Os “interesses legítimos” na legislação ordinária.
- 3 — O novo texto constitucional.
- 4 — Introdução do mandado de segurança coletivo.
- 5 — Os direitos subjetivos como objeto do mandado de segurança coletivo.
- 6 — Assistência litisconsorcial.
- 7 — Interesses difusos e mandado de segurança coletivo.
- 8 — A criação do direito francês.
- 9 — Os novos “interesses difusos”.
- 10 — Evolução da proteção dos interesses difusos no Brasil.
- 11 — Legitimação e interesse difuso.
- 12 — Forma processual e coisa julgada.
- 13 — Assistência simples.
- 14 — Retorno ao recurso ordinário contra decisões denegatórias.

1 — A Constituição que vigorou até o dia 04 de outubro de 1988 previa o mandado de segurança como ação judicial para proteger direito líquido e certo, não amparado por - habeas corpus - violado por autoridade pública.

Consagrado entendimento generalizado da doutrina e da jurisprudência, o Código de Processo Civil, no art. 6º, dispõe que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo

quando autorizado por lei, vale dizer, em regra só o titular do direito tem legitimação para reclamá-lo em Juízo.

Essa regra prevalecia também no processo do mandado de segurança, e este era entendido como procedimento destinado a proteger direito subjetivo individual líquido e certo, sendo legitimado para requerê-lo apenas o titular desse direito.

2 — Em conferência que pronunciamos em 30.08.1962, no Instituto dos Advogados do Brasil, procuramos demonstrar, com base no parágrafo 1º do art. 6º da Lei 191, de 16.01.1936, cujo princípio foi repetido no parágrafo 1º da Lei 1.533, de 31.12.1951, que, no âmbito do mandado de segurança, havia lugar para proteção dos chamados interesses legítimos, que integram hoje os chamados “interesses difusos” ou “interesses coletivos” ou “direitos coletivos”, com legitimação dos interessados para requerer a medida judicial. Esse esforço, todavia, não logrou resultados práticos imediatos, tendo continuado a prevalecer a interpretação mais restritiva já apontada.

3 — Na Constituição de 5 de outubro de 1988, o art. 5º, em seus ítems LXIX e LXX dispõe:

“LXIX — conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX — o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”

4 — O ítem LXIX, apesar de ter redação diferente da que consta da Constituição anterior, não trouxe modificação no conteúdo.

Mas o ítem LXX, ao ampliar a legitimação, ao usar a expressão “mandado de segurança coletivo”, e ao se referir a “interesses de membros e associados, traz inovações importantíssimas e ricas de consequências, cuja extensão somente a prática do dia a dia permitirá avaliar.

5 — Desde já, porém, é necessário um trabalho interpretativo para tentar fixar alguns pontos essenciais à compreensão das novidades do texto constitucional.

A primeira indagação é acerca do sentido da expressão “mandado de segurança coletivo”. Para entendê-la, é necessário conjugá-la com a alínea b, que dá legitimação a organizações sindicais, entidades de classe e associações, para agirem em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Como o ítem LXIX menciona direito a ser protegido pelo mandado de segurança, pensamos que o mandado de segurança coletivo é, sob um primeiro aspecto, aquele destinado a reclamar direitos subjetivos individuais dos membros dos sindicatos e dos associados de entidades de classe e associações. São os mesmos direitos que, no sistema constitucional anterior, somente poderiam ser reclamados por seus titulares, mas que, agora, poderão ser reclamados por aquelas entidades, em favor dos seus membros ou associados.

Para esclarecer nosso pensamento, damos o exemplo do ato de uma autoridade que se recusa a pagar a URP a servidores públicos, em obediência a Decreto do Poder Executivo. Cada servidor, que entenda ilegal o Decreto e o ato de recusa ao pagamento, tem legitimação para requerer mandado de segurança a fim de proteger seu direito subjetivo à percepção da URP. Mas, agora, a organização sindical, a entidade de classe ou associação também têm legitimação para requerer mandado de segurança destinado a pleitear o pagamento da URP aos seus membros ou associados.

Trata-se, portanto, de substituição processual, ou legitimação anômala, criando exceção à já mencionada regra do art. 6º do C.P.C..

Evidentemente, a legitimação dessas entidades não exclui a de cada membro ou associado para postular seu direito separadamente, de acordo com a norma ordinária sobre legitimação, haja, ou não, mandado de segurança coletivo em andamento.

6 — Na hipótese de ser requerido mandado de segurança coletivo, o titular do direito subjetivo reclamado poderá preferir ingressar como assistente da entidade autora, com base no art. 54 do C.P.C., segundo o qual:

“Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário”.

Essa assistência se justifica legal e doutrinariamente, sendo do tipo qualificada ou litisconsorcial, porque o direito discutido no mandado de segurança é também do assistente.

7 — Outra indagação pertinente é acerca de o mandado de segurança coletivo poder ter como objeto os chamados “interesses difusos”, ou “interesses legítimos”, ou “interesses coletivos”, e não apenas os direitos subjetivos.

Como meio de conter a atividade da Administração Pública nos limites da legalidade, conforme é da essência do moderno Estado de Direito, os países da Europa ocidental continental, desde há muito, criaram o conceito de “interesse legítimo” ou “direito subjetivo enfraquecido”.

Eles seriam interesses com proteção menor do que a concedida, por lei, a outros, os quais, em consequência dessa proteção mais forte, são direitos subjetivos.

Tendo em vista a dificuldade para a precisa compreensão desse conceito, e sua aplicação aos casos concretos, penso ser adequado dar o seguinte exemplo para esclarecimento: se a lei dispuser que um cargo deve ser provido pela ordem de classificação em concurso, o ato que nomear alguém, preterindo o 1º colocado, viola direito subjetivo deste à nomeação. Mas se a lei dispuser que o provimento deve ser feito dentre os aprovados no concurso (sem obediência necessária à ordem de classificação), o ato que nomear pessoa não aprovada no concurso violará apenas interesse legítimo dos aprovados.

8 — A jurisprudência administrativa francesa ampliou bastante o alcance desse interesse e o número dos legitimados a reclamar sua proteção, permitindo, assim, maior controle da legalidade da atuação

da Administração por iniciativa dos cidadãos e aperfeiçoando o Estado de Direito.

Nessa orientação, considera-se, v.g., legitimado o contribuinte ou habitante de uma cidade para pedir a anulação de decisões relativas ao funcionamento dos serviços ou à vida da comunidade; os contribuintes municipais são legitimados para impugnar despesas ilegais da administração local (conf. JEAN RIVERO — Droit Administratif — pag. 240/1 — nº 247 — 7a. edição — Paris, 1975).

9 — A economia da massa, que caracteriza os tempos atuais, trouxe novos problemas, como o dos danos causados a milhares de consumidores por pequenos defeitos nos produtos; o da fraude publicitária; o da adulteração de alimentos, o da destruição de belezas naturais ou de objetos de valor histórico ou artístico pelas indústrias, ou pelo crescimento das cidade.

Esses valores econômicos, históricos ou estéticos passaram a ser considerados como interesses dos cidadãos, merecedores de proteção jurídica especial, através de normas de direito material, constituindo o que a moderna doutrina denomina “interesse difusos”, “interesses coletivos”, “direitos coletivos”, etc.

Sem pretender definí-los — o que seria impossível dada a fase de imprecisão em que ainda se encontram — preferimos seguir a lição de J. C. BARBOSA MOREIRA, que achou melhor caracterizá-los por duas notas essenciais, a primeira relativa aos sujeitos, e a segunda, ao objeto. Assim, eles:

“a) não pertencem a uma pessoa isolada, nem a um grupo nítidamente delimitado de pessoas (ao contrário do que se dá em situações clássicas como a do condomínio ou a pluralidade de credores numa única obrigação), mas a uma série “indeterminada” — e, ao menos para efeitos práticos, de difícil ou impossível determinação — cujos membros não se ligam necessariamente por vínculo jurídico definido. Pode tratar-se, por exemplo, dos habitantes de determinada região, dos consumidores de certo produto, das pessoas

que vivem sob tais ou quais condições sócio-econômicas ou se sujeitem às conseqüências deste ou daquele empreendimento público ou privado.

b) Referem-se a um bem (latissimo sensu) "indivisível", no sentido de insuscetível de divisão (mesmo "ideal") em "quotas" atribuíveis individualmente a cada um dos interessados. Estes se põem numa espécie de comunhão tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica por força a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão da inteira coletividade." (A legitimação para a defesa dos "interesses difusos" no direito brasileiro — in Rev. AJURIS — vol. 32, pag. 82).

10 — Para atuação desses interesses, nosso processo tradicional, construído para solução de conflitos interindividuais e defesa de direitos subjetivos, revelou-se insuficiente, exigindo a criação de novas formas ou adaptação das anteriores.

A ação popular, prevista no art. 153, parágrafo 31, da Constituição Federal de 1967, destinava-se, em princípio, à proteção do patrimônio público. Mas, em sua regulamentação, na lei 4717, de 29.06.65, ampliou-se o conceito deste, para abranger bens de valor histórico, artístico ou estético.

Com essa técnica, o legislador protegeu satisfatoriamente uma vasta área de interesses que, até então, estavam à margem da vida jurídica.

A legitimação para agir era apenas do cidadão, excluídas as pessoas jurídicas, segundo a Súmula 365 do S.T.F..

Posteriormente, surgiu a lei 7.347, de 24.07.85, para disciplinar a ação civil pública, de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, ítem LXXIII, manteve a ação popular, com legitimação para o cidadão, visando a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

11 — Essa evolução mostra uma crescente tendência a proteger aqueles interesses e a ampliar a legitimação, a qual, na citada ação civil pública da lei 7.347/85, não era dada ao simples cidadão, mas que o é, quando usada a ação popular.

Dentro dessa perspectiva evolucionista, cabe indagar se o mandado de segurança coletivo, criado na nova Constituição Federal, é adequado para a proteção desses interesses legítimos, difusos, ou coletivos.

O primeiro elemento a considerar nessa indagação é o fato de a Lei Maior dar legitimação a partidos políticos, ao lado da concedida a sindicatos e entidades de classe e associações.

Os sindicatos, as entidades de classe e associações geralmente reúnem pessoas com interesses comuns, que são a causa dessa aproximação. Enquanto isto, os partidos políticos têm como elemento aglutinador a afinidade de idéias políticas, reunindo, portanto, elementos heterogêneos. Logo, seria pouco provável que partidos políticos pudessem agir em defesa de direitos subjetivos de cidadãos, pela via do mandado de segurança coletivo.

Disso extraímos o argumento de que a legitimação dos partidos políticos para requerer mandado de segurança coletivo é indicativa de que este pode ter por objeto interesses legítimos, difusos ou coletivos.

Em favor dessa tese existe também a circunstância de o texto legal referir-se expressamente à “defesa dos interesses” dos membros ou associados. Se o legislador usasse a expressão direitos, poder-se-ia entender que a proteção seria apenas de direitos subjetivos. Mas como a palavra empregada é interesses, não vemos razão para dar-lhe interpretação restritiva, como se se referisse apenas a direitos subjetivos.

Em consequência, entendemos que o mandado de segurança coletivo pode ter por objetivo os direitos subjetivos ou os interesse legítimos, difusos ou coletivos.

Quando se tratar de organização sindical, entidade de classe ou associação, é necessário que a ameaça ou lesão seja a interesses de seus membros ou associados.

Mas, quando o pedido for de partido político, basta a simples ilegalidade e a lesão de interesse daquele tipo, não sendo caso de estabelecer qualquer vínculo entre o interesse e os membros ou

filiados do partido. Este, na realidade, agirá na defesa do interesse da sociedade, como é da natureza da sua atuação.

12 — Como já existe legislação ordinária regulando o procedimento do mandado de segurança, ela serve perfeitamente para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo, o qual, portanto, pode ser requerido desde a promulgação da Constituição.

A amplitude da legitimação na ação coletiva tem o perigo de permitir que alguém a proponha e conduza mal o processo deliberadamente, de modo a ser vencido e, com isso, criar-se coisa julgada para os outros titulares do direito ou interesse. Esse perigo tem preocupado a doutrina em vários países.

Mas nossa legislação contém fórmula feliz para evitar essa modalidade de fraude: o inciso LXX já referido limita a legitimação das entidades de classe e associações às que funcionem há mais de um ano, o que exclui a possibilidade de criar-se uma delas somente para frustrar a proteção legal; e os artigos 15 e 16 da Lei 1533/51 dispõem que não se forma coisa julgada se não houver decisão de mérito, a qual só pode acontecer se os fatos estiverem satisfatoriamente provados; assim qualquer deficiência da atividade probatória impede a decisão de mérito e a formação da coisa julgada.

13 — Pensamos, também, que, no caso do mandado de segurança coletivo requerido em defesa de interesses legítimos, difusos ou coletivos, todo aquele que demonstrar seu interesse na concessão da medida poderá ingressar no processo como assistente simples, com base no art. 50 do C.P. Civil.

14 — Outra modificação importante na legislação sobre mandado de segurança está nas normas sobre recurso.

O art. 105, ítem II, letra b, criou recurso ordinário para o Superior tribunal de Justiça contra mandado de segurança julgado em única instância pelos Tribunais Regionais Federais, ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão. No art. 102, ítem II, alínea a, cria igual recurso para o Supremo Tribunal Federal, contra mandado de segurança julgado em única instância pelos Tribunais Superiores, quando denegatória a decisão.

Essas novas normas restabelecem o recurso ordinário do art. 101, ítem II, alínea "a", da Constituição Federal de 1946, o qual foi revogado pelo Ato Institucional nº 6, de 01.02.1969.

Em nosso livro sobre mandado de segurança defendemos a existência desse recurso ordinário, principalmente tendo em vista a proteção do cidadão contra eventual influência da política partidária no julgamento por Tribunais de Estados com costumes políticos pouco evoluídos.

Cumprе notar, todavia, que o restabelecimento puro e simples do recurso ordinário vai trazer alguns inconvenientes importantes, que não existiam na época da sua extinção. E que o mandado de segurança está sendo usado nos Tribunais estaduais predominantemente para atacar atos judiciais, os quais, em regra, são decisões relativas a questões meramente processuais.

Com isso, é de recear que o recurso ordinário acarrete um grande aumento nas pautas de julgamento do Superior Tribunal de Justiça, com causas em que o objeto sejam questões processuais, e em que não se encontram as mesmas razões políticas que justificam o recurso ordinário em mandados de segurança contra atos de autoridade do Poder Executivo.

Belo Horizonte, novembro de 1988

* * * *

MANDADO DE INJUNÇÃO

SUMARIO

1 — Inércia do legislador ordinário. 2 — Criação do mandado de injunção. 3 — Direitos protegíveis. 4 — Prerrogativas Constitucionais. 5 — Natureza da norma regulamentadora. 6 — Meios de proteção: primeira exclusão. 7 — Segunda exclusão. 8 — Terceira exclusão. 9 — Meio adequado de proteção. 10 — Execução específica. 11 — A expressão mandado de injunção. 12 — Auto-aplicação da norma criadora do mandado. 13 — Procedimento quando certos fatos. 14 — Procedimento quando incertos os fatos. 15 — Competência originária do Supremo Tribunal Federal. 16 — Competência originária do Superior Tribunal de Justiça. 17 — Omissão de normas sobre competência. 18 — Necessidade de construção jurisprudencial. 19 — Criação de formas e medidas novas no pedido. 20 — Limitações práticas ao campo de mandado de injunção.

1 — A Constituição Federal de 1988 revela louvável preocupação dos seus elaboradores, com a possível inércia do legislador ordinário, que pode, com sua omissão, impedir a efetivação de direitos nela assegurados e que dependem de leis, decretos, ou quaisquer normas regulamentadoras. Exemplo típico dessa omissão é a participação dos empregados no lucro das empresas, que constou da Constituição Federal de 1946, mas que dependia de regulamentação. Como esta nunca foi feita, aquela Constituição perdeu a vigência 21 anos depois, em 1967, sem que fosse concretizada a aludida participação nos lucros.

2 - Na atual Constituição, a solução encontrada foi a criação do “mandado de injunção”, no art. 5º, inciso LXXI, cabível:

“Sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direito e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade à soberania e à cidadania.”

Todavia, está havendo grande dificuldade para fixar os contornos desse instituto, pela falta de exemplo no direito estrangeiro e pela imprecisão da redação. Opiniões divulgadas na imprensa mostram desacordo quanto ao alcance do instituto e à necessidade de regulamentação para sua aplicação.

3 — O primeiro problema consiste em saber quais os direitos protegíveis pelo mandado de injunção. O texto criador do instituto menciona três categorias: a) direitos constitucionais; b) liberdades constitucionais; c) prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Cabe uma observação inicial, de que há um elemento comum nas três categorias, isto é, todos eles - direitos, liberdades e prerrogativas - são assegurados na Constituição, mas dependem de uma norma regulamentadora, cuja falta está tornando inviável o seu exercício.

Por isso, devem-se excluir do campo de proteção do mandado de injunção os direitos, liberdades e prerrogativas auto-aplicáveis, isto é, que não dependem de norma regulamentadora.

Outra observação pertinente é que as liberdades e prerrogativas constitucionalmente asseguradas constituem direitos, pelo simples fato de estarem fixadas na Lei Maior: tudo aquilo que a lei assegura a uma pessoa torna-se direito desta.

Pode-se, pois, pensar em simplificar o sentido do texto constitucional, vendo nele apenas um tipo de direito, que abrange as três categorias distinguidas no inciso legal.

4 — Cumpre, ainda, examinar o alcance da expressão “prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Não cabe aqui respigar no texto constitucional, mas podem ser lembradas algumas prerrogativas inerentes à nacionalidade brasileira, como, por exemplo, a ocupação dos cargos de carreira diplomática e outros mencionados no art. 12, parágrafo 3º, da Constituição; no que tange à cidadania, podem ser lembrados os direitos políticos, tais como o de votar e ser votado e outros previstos nos artigos 14 a 16, que dispõem sobre aquela categoria de direitos.

De compreensão menos fácil parecem ser as prerrogativas de soberania, porque esta, com mais frequência, é considerada como

atributo do Estado, da Nação, ou do Poder Constituinte, e não do indivíduo.

Mas é possível pensar que o legislador tem em vista a soberania popular, a qual, é referida no artigo 14, com os meios de seu exercício, isto é, sufrágio universal, voto secreto e direito, com igual valor para todos, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular.

De qualquer maneira, porém, deve-se entender que a menção à nacionalidade, cidadania e soberania é apenas exemplificativa, não se devendo considerar excluído do campo de proteção do mandado de injunção nenhum direito constitucionalmente garantido e que dependa de norma regulamentadora para sua efetivação.

Há, todavia, direitos que não poderão ser protegidos sem existência de norma regulamentadora, porque sua proteção depende de meios muito complexos, cuja falta, a natural limitação da atividade do juiz não poderá suprir. Isto se verá, com mais detalhes, quando se examinar o modo de proteção concedida pelo mandado de injunção. Fica, porém, desde já, a observação, para que se veja que nem todo direito constitucionalmente assegurado, mas dependente de regulamentação, pode ser protegido por mandado de injunção.

5 — Outra indagação pertinente é sobre a natureza da norma regulamentadora, cuja falta enseja a proteção pelo mandado de injunção. Será de natureza substancial, ou processual, ou pode abranger as duas espécies?

Partindo do princípio de que as garantias constitucionais devem ser interpretadas ampliativamente e nunca restritivamente, entendemos que aquela norma regulamentadora tanto pode ser de direito processual, como de direito substancial. Portanto, desde que o exercício de direito constitucionalmente assegurado não possa ser efetivado por falta de lei ordinária, processual ou substancial, caberá mandado de injunção para sua proteção.

Mas é preciso observar que as Constituições costumam ter normas programáticas, que não criam imediatamente direitos, e cuja execução depende de legislação ordinária que as desenvolva. Essas normas programáticas, não contendo nenhum direito subjetivo, não podem ser objeto 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.

6 — O segundo e talvez maior problema é o de saber qual a proteção que o juiz dará ao direito, ou seja, como será essa proteção.

Para chegar à solução, parece conveniente adotar o método de exclusão. Assim, em primeiro lugar, procuraremos fixar o que não poderá o juiz fazer.

Nessa perspectiva, entendemos que a sentença que acolher o pedido não poderá pretender compelir o Poder Legislativo a elaborar a lei regulamentadora. Uma imposição desse tipo é inconciliável com a técnica do processo legislativo, com o caráter colegiado dos órgãos legislativos, com a liberdade de que dispõe o Poder Legislativo no fixar os detalhes das leis e com a liberdade de voto dos deputados, senadores e vereadores.

7 — Poder-se-ia pensar em outra solução: a sentença limitar-se-ia a declarar a omissão do Poder Legislativo. Essa fórmula foi adotada na Corte Constitucional da Alemanha Ocidental (Nota 1 - ERNST FRIESENHAHN - "La giurisdizione costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca" - pag. 86/7 - Milão 1965) e, na realidade, equivale a uma simples declaração do inadimplemento, uma censura política implícita, mas que não soluciona o problema daquele que, com razão e direito, bateu às portas da Justiça.

Além disso, essa solução deixaria de lado um elemento importante, que é o caráter impositivo do mandado de injunção, como seu nome está a mostrar. Injunção significa imposição, o que não existe em uma sentença que seja apenas declaratória da omissão do Poder Legislativo.

Logo, essa fórmula, porque inócua e não condizente com o caráter impositivo do mandado de injunção, não merece apoio.

8 — Uma terceira solução imaginável consiste em o juiz assumir o papel de legislador ordinário omissivo e criar uma norma geral regulamentadora.

Essa hipótese teria a vantagem de atender ao interesse do demandante, mas tem um grave inconveniente, que é a atuação além do caso concreto, o que não é compatível com a natureza da função jurisdicional. Esta, em regra, destina-se a solucionar o caso de quem reclama a proteção judicial e não pretende resolver casos de outras pessoas, ainda que iguais, mas que não foram levados a Juízo.

Além disso, a criação de norma geral é função típica do Poder Legislativo e não há razão para supor que a Constituição queira fazer tão grande alteração nas funções dos Poderes. É verdade que o Poder Constituinte é soberano, ilimitado, e, portanto, poderia fazer essa inovação. Mas, se não o fez de maneira inequívoca, não é natural que, por simples interpretação de uma norma pouco clara, se queira chegar a tão grave consequência.

9 — 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 concreto do requerente de mandado de injunção, uma norma especial, ou adotar uma medida capaz de proteger o direito do autor da demanda.

Essa solução está de acordo com a função tradicional da sentença, que é resolver o caso concreto levado ao Poder Judiciário, mas limitando a eficácia apenas a esse caso sem pretender usar funções próprias de outro Poder.

10 — Essa decisão para o caso concreto deve ser executada de modo específico, do mesmo modo que se faz no mandado de segurança, isto é, a autoridade terá de fazer aquilo que for determinado na sentença, ou abster-se de fazer o que foi por ela proibido, não podendo preferir indenizar o dano, isto é, fazer execução por reparação econômica.

Além disso, a sentença tem caráter de ordem judicial à autoridade, para que faça alguma coisa ou se abstenha de praticar certo ato. Esse caráter decorre da própria natureza do tipo de ação que é o “mandado de injunção”.

11 — Essa expressão não é de uso corrente no direito brasileiro, que não se utiliza nem mesmo da palavra “injunção” (Nota 2 — Não são elas registradas no “Dicionário de Prática Processual Civil” de CESAR MONTENEGRO — São Paulo, 2ª edição, sem data; e no “Vocabulário do Código de Processo Civil” de ALCIDES CONEJEIRO PERES — Rio, 1978).

Tudo leva a crer que o Constituinte se inspirou no direito angloamericano, onde a palavra “injunction” corresponde a um instituto jurídico processual, com algumas características adequadas

ao objetivo da Constituição.

Segundo o ensino de OSCAR RABASA, naquele direito o instituto da "injunction" desempenha um grande papel, quer nos litígios entre particulares, para os quais foi criado, quer em matéria constitucional, à qual se estendeu com o passar dos anos. Reveste-se de duas formas: a "prohibitory injunction", 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 (Nota 3 - "El derecho anglo-americano" pag. 49 a 52, 212, 213, 640, 641 2ª ed., Mexico, 1982. No mesmo sentido, SWENSON, in "Federal administrative law" - pag. 226 e 227 - N. York, 1952. Também ANDRE TUNC et SUZANE TUNC, in "Le système constitutionnel des États Unis", vol. II, pag. 305, Paris, 1954. No início de sua aplicação, a "injunction" era considerada medida cautelar, com o nome de "temporary injunction", conf. ARTHUR KUHN - in "Principes de Droit Anglo-Américain" - pag. 79. Mas hoje tem caráter definitivo, "permanent", conf. SWENSON, loc. cit.).

Na linguagem corrente, injunção significa imposição. Esta, evidentemente, quer dizer, poder de impor uma conduta positiva ou negativa, tal como no direito angloamericano.

De tudo isso se conclui que o que for decidido na sentença terá de ser executado mediante ordem para que a autoridade pratique um ato ou se abstenha de determinada conduta.

12 — Tem sido discutido se a norma que criou o mandado de injunção é auto-aplicável, ou se depende de regulamentação, como constava do Projeto A.

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, em artigo publicado na imprensa, observa com espírito que a tese da necessidade de regulamentação pode originar pedido de mandado de injunção para garantir a admissibilidade de um segundo mandado de injunção.

Além disso, o parágrafo 1º do art. 5º da Constituição dispõe que:

"As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

E parece fora de dúvida que o mandado de injunção é uma garantia fundamental porque serve para assegurar outros direitos

constitucionais ameaçados de não uso por falta de norma regulamentadora.

Acresce que, na pior das hipóteses, o mandado de injunção, sendo ação judicial, terá curso pelo procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, que é o procedimento adequado a qualquer ação que não tenha procedimento especial previsto no mesmo Código ou em lei especial.

Impõe-se, pois, a conclusão de que a norma sobre o mandado de injunção está em pleno vigor e ele pode ser requerido independentemente de regulamentação.

13 — No que toca ao procedimento, entendemos que se os fatos alegados pelo autor forem indiscutíveis, certos, provados por documentos, pode ser usado o procedimento do mandado de segurança, previsto na lei 1.533, de 31.12.51, e legislação posterior sobre o assunto.

E preciso lembrar que o mandado de injunção tem em comum com o mandado de segurança um elemento essencial: ambos, quando concedidos, resultam em uma ordem a ser obedecida pela autoridade, sempre que isto for necessário para garantir o direito do autor da demanda.

Há casos nos quais o mandado de injunção equivale ao mandado de segurança e com ele se confunde. Isto acontece quando os fatos forem certos, provados por documentos, e a lesão decorrer de omissão de órgão público que deveria ter feito a norma. E, como já disse mais acima, o mandado de segurança tem caráter de injunção, de imposição, porque nele se pode compelir a autoridade a praticar um ato, ou proibí-la de praticá-lo.

14 — Todavia, quando os fatos em que se fundar o autor forem incertos, isto é, dependerem de prova testemunhal, pericial, etc., nesse caso não se poderá usar o procedimento do mandado de segurança. Haverá necessidade de audiência de instrução e julgamento, para colheita da prova testemunhal.

Nesse caso, enquanto o legislador não estabelecer procedimento especial, deve-se aplicar o procedimento ordinário do Código de Processo Civil após a fase de prestação de informações pela autoridade.

15 — As normas da Constituição sobre a competência para processo e julgamento de mandado de injunção são poucas e não muito claras; mas é evidente que são fixadas tendo em vista a hierarquia da autoridade, tal como se dá no mandado de segurança.

Assim é que, pelo art. 102, I, inciso “q”, é da competência originária do Supremo Tribunal Federal o processo e julgamento do:

“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.”

16 — Coerentemente, o tribunal que vem logo abaixo do Supremo Tribunal Federal, e que é o Superior Tribunal de Justiça, tem, pelo art. 105, I, alínea “h”, competência originária para processar e julgar 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”.

17 — A Constituição não tem normas sobre a competência originária ou recursal de vários outros Tribunais, em matéria de mandado de injunção, salvo na Justiça eleitoral, na qual cabe recurso para o Tribunal Superior Eleitoral das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais, denegatórias de mandado de injunção (art. 121, parágrafo 4º, item V), o que pressupõe a competência destes para julgar aqueles mandados.

O Supremo Tribunal Federal tem competência para julgar, em recurso ordinário, os mandados de injunção decididos em instância única pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão. (art. 102, II, alínea “a”).

Como a competência originária desses Tribunais, nesse assunto, salvo a do Superior Tribunal de Justiça, não foi fixada na Constituição, a lei ordinária ou os regimentos internos deverão fazê-lo.

18 — Mas, enquanto isto não acontecer, é necessário que os Tribunais, nos casos concretos que forem surgindo, criem, pelo método da “construction” regras adequadas para processar e julgar esses pedidos.

Essa construção deve inspirar-se no princípio da hierarquia da autoridade, que sempre prevaleceu na competência para mandado de segurança, e que também informa os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e do Supremo Tribunal de Justiça em matéria de mandado de injunção.

Nessa linha de princípio, a competência originária para processar e julgar mandado de injunção, quando a elaboração da norma incumbir a Governador de Estado, Assembléia Legislativa ou Secretário de Estado, deve ser do Tribunal de Justiça. Na competência interna deste, deve-se observar o que estiver disposto para julgamento da mandado de segurança, cujo parentesco com o mandado de injunção é sempre bom lembrar.

Se a elaboração da norma cabe a autoridade estadual inferior, ou a Prefeito ou Câmara Municipal, a competência será de Juiz de Direito, nos mesmos termos em que a lei dispõe para o mandado de segurança.

Esse trabalho de construção tem de ser feito pelos Tribunais e Juízes federais e estaduais, de Justiças Especializadas ou não, para evitarem a falta de proteção de direito constitucionalmente garantido. O Poder Judiciário foi grandemente reforçado na Constituição de 1988, quer no que toca à autonomia administrativa e financeira, como no poder de legislar ou de ter privilégio da iniciativa de várias leis de sua organização.

A esse aumento de poder corresponde um aumento de responsabilidade na efetivação dos direitos e na prestação jurisdiccional, e o Judiciário certamente fará bom uso de tudo isso para maior garantia dos cidadãos.

19 — Um grave problema que se prevê é o da norma ou medida

que o juiz criará para proteger o direito de demandante. A variedade dos direitos constantes da Constituição faz pensar que não se podem prefixar normas ou medidas adequadas para todos os casos.

O difícil trabalho de imaginar qual a norma ou medida adequada ao caso concreto cabe ao advogado. É atividade construtiva da maior delicadeza, porque exige bom conhecimento jurídico e espírito prático para saber o que é conveniente e o que é possível em cada caso. A dificuldade aumenta quando se recordar que o juiz terá de julgar dentro dos limites do pedido formulado na inicial, não lhe sendo dado decidir fora ou além do pedido. Nas ações comuns, a formulação do pedido geralmente não oferece grandes problemas. Mas em um tipo de ação novo, como o mandado de injunção, em que não há doutrina ou direito comparado de que se socorrer, a dificuldade é muito aumentada.

Ao juiz incumbe a função de avaliar criteriosamente a solução proposta no pedido, evitando posição que negue injustificadamente o direito do demandante, mas também evitando acolher norma ou medida que possa constituir invasão indevida nas funções de outro Poder, criando conflito institucional que possa inviabilizar a nova ação recém-criada.

20 — Uma observação necessária é que não se deve pensar que o mandado de injunção é panacéia capaz de curar todos os males jurídicos, como bem observou ATHOS GUSMÃO CARNEIRO no já citado artigo.

A função jurisdicional tem limitações naturais na sua atividade, o que a leva a não poder satisfazer a todos os direitos que sejam reclamados. Basta que a complexidade exigida para a proteção de um direito seja tal que, na prática, o juiz não possa chegar a um resultado eficaz e no tempo adequado. Como exemplo, pode-se apontar o direito ao salário mínimo, assegurado no art. 5º, ítem IV. A complexidade dos dados necessários à fixação desse salário é de tal monta que é impossível, do ponto de vista prático, o juiz, dentro das limitações próprias dos autos judiciais, e no tempo oportuno, decidir com segurança qual o salário mínimo a ser pago ao demandante.

Do mesmo modo, o direito à educação, previsto no artigo 205, poderá ser assegurado com uma sentença que mande matricular em uma escola pública fundamental a pessoa ali recusada por falta de vaga.

A colocação de mais um aluno na classe não irá, normalmente, trazer prejuízo de monta aos seus colegas. Mas, se na localidade não houver escola, a sentença não poderá pretender criar uma, para atender ao direito do demandante, por que a complexidade dessa criação e funcionamento não são compatíveis com o poder que se contém em uma sentença.

O êxito do instituto dependerá essencialmente da capacidade inventiva dos advogados e do sadio critério dos juízes para criação dos meios práticos adequados e para a precisa delimitação do campo do mandado de injunção.

Belo Horizonte, dezembro de 1988.

* * * * *