

Ivo Dantas

Entre os vários institutos criados pelo texto constitucional de 1988, sem dúvida que o *mandado de injunção* será aquele que mais necessitará da criação doutrinária e jurisprudencial, tendo-se em conta que não temos nenhum precedente em nosso ordenamento jurídico que se assemelhe aquele que se encontra no inciso LXXI do Art. 5º, todo este voltado para os *Direitos e deveres individuais e coletivos*. Aqui, a História haverá de repetir-se nos moldes com que criamos a doutrina brasileira do mandado de segurança, a partir do texto constitucional de 1934. Em outras palavras: doutrina e jurisprudência haverão de cooperar mutuamente para que possamos traçar os parâmetros de uma correta interpretação-entendimento do que pretendeu a Assembléia Nacional Constituinte quando determinou que "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma reguladora torne inviável o exercício dos direitos de liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Por outro lado, e visando a sua aplicação imediata, o texto cuidou de fixar, a competência constitucional para sua apreciação e julgamento, o que fez nos arts. 102, II a, 102, I q e 105, I m, muito embora nos projetos que antecederam a redação final, houvesse fixação diferente, conferindo-se-lhe, inclusive, aos juízes federais.

A fim de evitarmos enganos de sérias conseqüências, devemos partir de um ponto fundamental, fornecido pelo Direito. Comparado: a distinção existente entre o mandado de injunção, tal como consagrado na Constituição de 1988, e a *injunction* do direito americano, bem assim frente à *inconstitucionalidade por omissão* do direito português.

No direito norte-americano, *injunctions*, de uma maneira

geral, "são ordens proibitivas de qualquer atividade, emitidas por um órgão judiciário, dirigidas a qualquer pessoa física ou jurídica, inclusive a um sindicato ou seus auxiliares. Quando um tribunal manda uma pessoa praticar um ato, a *injunction* é também denominada *mandamus*, como ensina Benjamin M. Schieber no livro *Iniciação ao Direito Trabalhista norte-americano* (Ed. LTR, 1988, p. 19).

Chamemos bem a atenção para um fato fundamental: no Direito norte-americano a *injunction* traz consigo um sentido negativo-proibitivo (*não fazer*), do que é exemplo o seu uso para proibir greves, piquetes e boicotes, sobretudo, após o *Sherman act*, de 1890. Nos casos em que a determinação é *um fazer*, assume a denominação de *mandamus*. Note-se que nos EUA não se usa as duas palavras formando uma só expressão, mas cada uma em si tem um sentido-conteúdo próprio: *Injunction* negação; *Mandamus* — positivo.

Celso Agrícola Barbi, em recente artigo publicado na *Revista brasileira de Direito Processual* sob o título *Proteção processual dos direitos fundamentais* (Forense, 1988, nº 57, p. 28), com base em Oscar Rabasa, escreve: "Naquela direito (anglo-americano) 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*, para vedar a prática de atos violadores de direito, e a *mandatory injunction*, para ordenar a prática de ato cuja omissão viola direito. O descumprimento da ordem de *injunction*, pela negativa de obedecê-la, pela autoridade ou pelo particular, constitui *contempt of court*, isto é, desacato à corte, sancionando com prisão decretada em forma sumaríssima pelo tribunal."

Se para alguns o mandado de injunção na nossa Constituição corresponderia ao *injunction* norte-americano, outros ten-

tam identificá-lo como sinônimo da *inconstitucionalidade por omissão*, existente na Constituição portuguesa de 1976, art. 283, 1 e 2, nos seguintes termos: "Art. 283. 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direito das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias 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."

Entre nós, o denominado *Projeto B* apresentado à Assembléia Nacional Constituinte, em seu Art. 5º LXXV — não aprovado no segundo turno de votação — determinava: "Cabe ação de inconstitucionalidade contra ato ou omissão que fira preceito desta Constituição."

Aí, não há o que discutir: tratava-se do controle de inconstitucionalidade por omissão que, com certeza, haveria de ser comunicada ao Legislativo ou a quem de direito, para que procedesse a elaboração da lei, que passaria a preencher a lacuna "em tese".

No caso do inciso LXXI, a matéria se nos parece com características diferentes, a começar pela expressão imperativa: *conceder-se-á mandado de injunção*. A Constituição não fala em outra medida, a não ser a concessão, *sempre que a falta de uma norma regulamentadora...* Ora, *fixando a competência para julgar o mandado de injunção, o texto estabelece, em uma dedução lógica, que reconhecido o obstáculo ou a lacuna pela autoridade judiciária, esta é competente para preencher o vazio, com uma norma de efeitos inter partes*, onde, se quiserem, podemos ver semelhança, quanto aos efeitos, com a declaração incidental de inconstitucionalidade.

Esta orientação-interpretação visa, de nossa parte, inclusi-

ve a alcançar um sentido prático, qual seja: de que adiantaria reconhecer a lacuna; comunicar a quem de direito para que a preencha, se nenhuma medida coercitiva pode ser tomada, por exemplo, contra o Legislativo, em caso de desobediência? Ademais, este poderia entender que, por competência constitucional, cabendo-lhe legislar, não haveria chegado a hora de elaboração de determinada lei. A Constituição então seria mera peça decorativa, sem eficácia para fazer valer os direitos que ela própria assegura!

A *mens legis*, no nosso modo de entender, é colocar em prática todos os direitos assegurados pelo texto maior, o qual, logo nos princípios fundamentais, elege a "cidadania" como um deles, dando-lhe um sentido diferente daquele tradicional e equivalente a eleitor. Em conseqüência, sempre que alguém dificultar sua eficabilidade, o prejudicado poderá bater às portas do Judiciário, guardião maior da Constituição, e aí, por uma sentença em processo de mandado de injunção, terá os meios necessários e indispensáveis para fazer valer o direito que, constitucionalmente, lhe está assegurado. Repita-se: a sentença provocará efeitos entre as partes, não *erga omnes*, muito embora as diversas figuras do processo civil; quanto às partes, pudessem ser aplicadas.

Se tal posicionamento, de início, poderá ser apontado como intromissão do Judiciário no processo legislativo, o tempo haverá de mostrar o contrário: tratar-se-á de uma efetiva interdependência harmônica, onde cada função tem uma predo-minância material, nunca uma exclusividade de tarefa.

Voltaremos noutra oportunidade com os aspectos processuais. Demos tempo ao tempo...

Ivo Dantas é professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e juiz do Trabalho (6ª região)