

Conjecturas sobre o mandado de injunção

ADHEMAR FERREIRA MACIEL

Um colega do Distrito Federal, o juiz Novély Vilanova da Silva Reis, sabedor de meu gosto em escarafunchar o direito norte-americano, pediu-me para escrever alguma coisa sobre "mandado de injunção".

Diante do problema, comecei a ler sobre o writ of injunction americano. Um tanto desapontado, cheguei à conclusão de que o novel instituto, introduzido pelo Constituinte de 1988 nos "Direitos e Deveres Individuais e Coletivos", de writ of injunction quase que só tem o nome...

Os vetustos "Estatutos da Universidade de Coimbra", de 1772, que são um verdadeiro monumento de nosso vernáculo, já chamavam a atenção do docente. Ele, docente, também deveria dar importância, quando do ensino da busca do "espírito da lei", aos "fatos e sucessos históricos, que contribuíram para ela" (lei). De fato, muitos elementos de ordem política, histórica e psicológica influem, na época de elaboração da norma, para pô-la no mundo do direito positivo.

Todos nos lembramos, quando ainda cursávamos o ginásio, da batida "Terceira Lei de Newton", aquela que diz que "a toda a ação corresponde uma reação, igual e contrária". Pois bem, essa lei também é, de certo modo, observável no mundo social. Após um período de repressão, de duas décadas de divórcio entre o Estado e a sociedade, teria, fatalmente, que haver reações, às vezes excessivas. Vimos e sentimos a preocupação do Constituinte em jogar no texto constitucional tudo aquilo capaz de apagar o passado recente. Desse modo, testemunhamos, na feitura da nova Constituição, a inclusão da obrigatoriedade de se comunicar a prisão à família do preso, a permissão da presidiária ficar com o filho na fase de aleitamento, a inafiançabilidade do crime de tortura, a queda dos decretos-leis, o direito muito amplo de greve, a limitação de juro feneratorios, a proibição de fornecimento de dados personalizados sem requisição judicial, a vedação de prisão decretada por autoridade policial e mil e uma coisas mais.

No art. 5º da nova Constituição, além do habeas data e do mandado de segurança coletivo — duas excelentes novidades — aparece o "mandado de injunção".

No Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, não se faz qualquer referência ao "mandado de injunção". Em seu art. 10, além de um mero "conselho hermenêuti-

co" (§ 1º), deparamos uma atribuição até ridícula e despropositada ao Supremo Tribunal Federal (§ 2º): no caso de verificar-se a inexistência ou a omissão de norma protetora dos direitos e garantias constitucionais, tocaria ao STF "recomendar" ao Legislativo a "edição da norma que venha a suprir a lacuna".

Agora, não. De acordo com o que se acha escrito no inciso LXII, do art. 5º, caberá ao juiz conceder o "mandado de injunção" sempre que não existir norma, quer material ou processual, para fazer valer "o exercício de direitos e liberdades constitucionais", bem como as "prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

A primeira inteligência que se extrai do instituto constitucional é seu cabimento supletivo, isto é, só deve ser concedido no caso de não existir norma regulamentadora. Exemplificando: se um ato administrativo for impugnável por mandado de segurança ou por meio de habeas corpus, não se pode lançar mão do "mandado de injunção".

A segunda inferência — a mais importante — é o poder constitucionalmente dado ao juiz inferior para criar o "meio" e o "fundo" de proteção. O juiz brasileiro, com a promulgação da nova Constituição, passará a ter, pelo menos no tocante ao "mandado de injunção", aquele imperium que só o pretor romano, há mais de dois mil anos, tinha, e, hoje, em grau mais modesto, têm os magistrados anglo-americanos. Assim, o juiz, quando provocado, terá de descobrir uma saída para proteger aquele que lhe pede proteção jurídica contra o arbitrio do Poder Público.

Num artigo escrito para jornal, como este, não tenho como explicar satisfatoriamente o instituto do writ of injunction. Vou tentar esclarecer o que se deve entender por "equity", já que o writ of injunction é aplicado pelas cortes de equity (a palavra "equidade", em inglês, se traduz por natural justice e não por equity).

Os doutrinadores anglo-americanos, diferentemente dos brasileiros e europeus continentais, não se preocupam em dividir o Direito em público e privado. Lá, a divisão mais importante é entre common law e equity.

O equity surgiu exatamente para suprir as falhas e deficiências do common law (esse mesmo fenômeno ocorreu em Roma, entre o jus honorarium e o jus civile). A própria Constituição dos Estados Unidos, na Seção 2, do Artigo III, que trata do Poder Judiciário, garante a existência distinta dos

dois grandes ramos do direito, pois fala em "law and equity".

Ao longo dos anos, algumas causas foram julgadas pelos tribunais do common law e outras pelos tribunais do equity. Assim, foram se consolidando um ao lado do outro, os dois ramos do direito. Hoje, embora possam existir tribunais diferentes, como antigamente, nada impede que o mesmo tribunal julgue tanto as causas de common law, quanto as causas de equity. Mas, de qualquer sorte, são dois ramos diferentes e diferente é atuação do juiz num ramo e em outro. O equity se preocupa mais com a pessoa, só indiretamente com as coisas. O juiz do equity tem mais autonomia em relação ao juiz do common law. Talvez um exemplo possa esclarecer melhor. Um artista renomado faz um contrato para dar um show. Resolve, por qualquer motivo fútil, não cumprir o avençado. Se o empresário quiser apenas uma indenização contratual, ficará com a jurisdição do common law. Se, ao contrário, quiser obrigar o artista a fazer o espetáculo, pois em jogo estará sua reputação empresarial, terá que se socorrer do equity. O tribunal, nesse último caso, expedirá um writ of injunction ordenando ao contratante inadimplente realizar o espetáculo. Se

ele se negar, será preso por desobediência à ordem judicial (contempt of court).

Nos Estados Unidos, embora se possa falar em writ of injunction de naturezas proibitiva, protetora e restauradora, somente os dois primeiros são mais usados.

É curioso observar que o writ of injunction serviu de inspiração ao juízo de amparo mexicano, que, a sua vez, foi uma das fontes de nosso "mandado de segurança".

Do que se falou acima, a semelhança entre o writ of injunction e o "mandado de injunção" estaria mais na "autonomia" dada ao juiz para criar a norma. Observe-se que no Brasil, por vedação constitucional, ninguém pode ser preso por dívida civil, salvo no caso do depositário infiel e do inadimplente voluntário de pensão alimentícia.

Tenho para mim que a Constituinte, ao criar o "mandado de injunção", se inspirou bem de perto num instituto processual constitucional alemão: a Verfassungsbeschwerde.

Em 29.01.69, depois de muita discussão no Parlamento, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 19, que instituiu um instrumento processual contra ato de autoridade pública, denominado Verfassungsbeschwerde.

Na Alemanha, como se sabe, o controle da constitucionalidade não é, como o nosso, feito por qualquer juiz. Lá, o sistema é "concentrado", vale dizer, o juiz inferior, quando depara a inconstitucionalidade de um ato ou de uma lei, suspende o feito e aguarda a manifestação de um órgão próprio: o Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht).

Com a Emenda nº 19, toda pessoa, física ou jurídica, que se sentir ameaçada ou lesada em seus direitos fundamentais ou assemelhados, pode acionar diretamente o Tribunal Constitucional Federal. Os dispositivos constitucionais pertinentes estão nos artigos nºs 93 e 94. Esse último artigo deu competência à lei ordinária para regulamentar a Beschwerde constitucional. Assim, em 12.03.51, foi editada uma lei ordinária regulamentando a competência do Tribunal Constitucional Federal, com modificações posteriores. Em seu Regimento Interno, publicado na Bundesgesetzblatt de 02.09.75, o Tribunal Constitucional Federal, através de uma comissão de três juizes da turma (Senat), exerce o juízo de admissibilidade da ação. Não tem que motivar sua decisão. De acordo com o § 90, I, da lei que regulamentou o Tribunal Constitucional Federal, somente se pode utilizar da Verfas-

sungsbeschwerde quando não houver meio processual ordinário de proteção.

O texto principal da Lei Fundamental de Bonn é o seguinte:

"Art. 93. O Tribunal Constitucional Federal decide:

4a) sobre Verfassungsbeschwerden que podem ser ajuizadas por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público em seus direitos fundamentais ou em um dos seus direitos contidos nos artigos 20, item 4, 33, 38, 101, 103 e 104".

No Brasil, como o sistema de controle da constitucionalidade é "difuso", isto é, feito por qualquer juiz, a Constituinte de 1988, no inciso LXXII do art. 5º, atribuiu ao juiz singular o poder de criar a norma de proteção de direitos fundamentais quando ela não existir.

Como se percebe, este instituto novo, para que possa cumprir sua destinação, vai depender muito do esforço de cada magistrado, que terá que se conscientizar de sua importância política no cenário nacional, sob pena de contribuir para que o "mandado de injunção" fique apenas no papel, um mal bem latino-americano.

Adhemar Ferreira Maciel é juiz federal e professor da Faculdade de Direito Milton Campos, em Belo Horizonte