

# Ainda o mandado de injunção

Celso Agrícola Barbi

2º DEZ 1988

**A** Constituição Federal de 1988 revela a 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 ou decretos regulamentadores.

A solução encontrada foi a criação de uma ação judicial a que se deu o nome de mandado de injunção, no Art. 5º, inciso LXXI, cabível "sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos 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 a sua aplicação.

A nosso ver, os direitos protegíveis pelo mandado de injunção são os descritos mais acima e devem ser investigados em cada caso.

A sentença que acolher o pedido não poderá, todavia, pretender obrigar o Poder Legislativo a elaborar a lei regulamentadora, porque uma obrigação 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 membros daquele poder.

Mas, se a sentença se limitar a declarar a omissão do Poder Legislativo, ela não assegurará o direito reclamado, porque aquele poder poderá continuar inerte e, com isso, frustrar a realização do direito do demandante. Além disso, ficaria sem aplicação o caráter de injunção, isto é, de imposição, que é característica essencial do instituto.

Restam, ainda, pelo menos, duas hipóteses. A primeira é a de a sentença substituir a atividade do legislador e criar uma norma geral regulamentadora. Essa solução é também inadequada, porque irá atuar além do caso concreto, o que não é compatível com a natureza da função jurisdicional que, em regra, se destina 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 levadas a Juízo. Além disso, a criação de norma geral é função típica do Poder Legislativo e não do Poder Judiciário.

2º DEZ 1988

A segunda hipótese, que parece mais adequada e já vem merecendo a preferência, é a de o juiz criar para o caso concreto do autor da demanda uma norma especial, ou adotar uma medida capaz de proteger o direito reclamado. 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 usurpar funções próprias de outros poderes.

Quanto à auto-aplicabilidade da norma que criou o instituto, penso que ela é indiscutível. Na pior das hipóteses, o mandado de injunção, que é uma ação judicial, será processado pelo procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, que é o procedimento adequado a qualquer ação que não tenha procedimento especial previsto em lei.

Mas, nos casos em que os fatos forem indiscutíveis, certos, provados por documentos, pensamos que pode ser usado o procedimento do mandado de segurança, previsto na Lei 1533/51, que é adequado para os casos de prova documental.

Observe-se que há casos nos quais o mandado de injunção praticamente equivale ao mandado de segurança e com ele se confunde. Isto acontece quando os fatos forem certos, provados por documentos, e a lesão do direito decorrer da omissão do órgão público que deveria ter feito a norma. Acresce que o mandado de segurança tem caráter de injunção, de imposição, porque nele se pode compelir a autoridade a praticar um ato, ou proibi-la de praticá-lo.

Do ponto de vista prático, parece que as oportunidades de uso do mandado de injunção não serão muito numerosas, porque o poder de atuação do juiz é naturalmente limitado. Desse modo, não vemos como se possa, por exemplo, requerer o mandado para assegurar o recebimento de salário mínimo fixado pelos critérios constantes da Constituição, dada a complexidade e a imprecisão dos elementos de fato necessários à determinação daquele valor.

Ao advogado cabe papel fundamental e criador, porque a ele incumbe imaginar e sugerir ao juiz, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, a medida capaz de proteger o direito do seu cliente. Grande também a responsabilidade do juiz, para não impedir o desenvolvimento do novo instituto por excesso de conservadorismo e aversão às novidades, e para não prejudicá-lo pela concessão de medidas inviáveis e conflitantes com a realidade e com as funções dos outros poderes.