

Destinação e Utilidade do Mandado de Injunção

DERLY BARRETO E SILVA FILHO
Advogado no Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1. *Apresentação.*
2. *Decisões do STF e do STJ quanto à finalidade do mandado de injunção.*
3. *Implicações.*
4. *Proposição de um entendimento.*
5. *Causas da criação do mandado de injunção.*
6. *Destinação e utilidade.*
7. *Inseparabilidade dos Poderes constituídos no cumprimento dos objetivos constitucionais.*
8. *Essência da decisão de injunção.*
9. *Conceito de mandado de injunção e identificação do ente sobre o qual recai.*
10. *Conclusão.*

1 — Apresentação

Instituído com a Carta de Direitos de 1988, ainda não se consolidou o entendimento idôneo a respeito da destinação e da utilidade do mandado de injunção como garantia fundamental, seja porque o texto constitucional do inciso LXXI do artigo 5.º é impreciso, seja porque não há lei específica sobre a matéria, seja porque a doutrina e os Tribunais, aos quais cabe edificar os princípios norteadores para a sua compreensão, até agora não alvitram a solução perficiente, quiçá dada a sua novidade na ordem jurídica brasileira.

O mandado de injunção é instrumento jurídico-processual incontinenti aplicável. Impende integrá-lo à ordem jurídica, dando-lhe eficácia de

garantia de direitos, assegurados abstratamente pela Constituição, mas que, na prática, dependem de providência do Estado para se efetivar.

Prescreve o seu dispositivo constitucional instituidor: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Pergunta-se: que providência jurisdicional tutelar aqui se suscita?

O intento deste trabalho é analisar e criticar as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que sob diferentes prismas compreendem esta questão, e aventar uma solução lídima à sua destinação e utilidade como garantia de direitos, liberdades e prerrogativas dos cidadãos.

2 — *Decisões do STF e do STJ quanto à finalidade do mandado de injunção*

O STF entende que o mandado de injunção é “ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa, a que alude o artigo 5.º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2.º, da Carta Magna)”¹. E mais: “nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado”².

Diferentemente, os STJ assevera que o mandado de injunção “destina-se a suprir, via judicial, lacunas legislativas na estrutura normativa”³.

1 Supremo Tribunal Federal. MI 107-3-DF (Medida Liminar). *Diário da Justiça*, Seção I, sexta-feira, 21 set. 1990, p. 9.782.

2 Supremo Tribunal Federal. MI 168-5-RS. *Diário da Justiça*, Seção I, sexta-feira, 20 abr. 1990, p. 3.047.

3 Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Injunção n.º 15-DF. *Diário da Justiça*, Seção I, segunda-feira, 4 set. 1989, p. 14.029.

3 — Implicações

Implica, das decisões dos citados Tribunais, o esvaziamento da pres-tabilidade do mandado de injunção como garantia fundamental.

Primeiramente, porque o STF confunde a sua finalidade com a da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, dualidade instrumental que a boa sistemática constitucional deve repugnar. Para que dois remédios com o mesmo efeito?

O âmbito de atuação da inconstitucionalidade por omissão cinge-se à manutenção da ordem jurídica; coibir a inércia do Poder Público, figurada no descumprimento *in abstracto* (pois não há lesão a direito individual ou coletivo) de regra constitucional de proceder. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para que adote as providências necessárias. Tem, por conseguinte, efeito *erga omnes*. Ou seja, não se restringe às partes que compõem a relação jurídica processual.

O âmbito de atuação do mandado de injunção circunscreve-se à proteção de direitos individuais ou coletivos. Por ele, o titular de uma situação jurídica concreta tem viabilizado o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa que lhe fora obstado. Já que há lesão, tem efeito *inter partes*. Incidente somente sobre as partes.

O STJ, por sua vez, transmuta em Legislativo o Judiciário, ao legitimá-lo a suprir lacunas normativas, hipótese incompatível com a independência funcional dos Poderes.

Este entendimento cria a inadmissível figura do *judge made law*, o que gera a supremacia do Judiciário, ao imiscuir-se na atribuição de outro Poder e valorar, em seu lugar, mérito político, quando seu múnus é apreciar lesão ou ameaça a direito e decidir nos estritos limites do ordenamento jurídico.

Deste modo, as soluções experimentadas pelos preditos tribunais tornam o mandado de injunção simples *expectativa de direitos*, de sorte a subtrair a proteção jurisdicional efetiva a direitos cujo exercício fora tolhido pela omissão de providências do Estado. Desarrazoadas e ilíquidas são. Preconceituam a finalidade do mandado de injunção sem fundamento lógico.

O princípio institucional regente das garantias fundamentais é a satisfação de direitos, e, não, a expectativa deles.

Suponha, por exemplo, o *habeas corpus* sem a satisfação do direito à liberdade de locomoção. A violência ou a coação persistiriam. Mas, ao revés, para garantir este direito, a autoridade judiciária ordena, mediante ofício à autoridade coatora, a *soltura* do paciente, constrangido ilegalmente. Eis, então, a *satisfação* do direito à liberdade de locomoção, assegurado abstratamente no inciso XV do artigo 5.º da Constituição.

Da mesma forma: se a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, o mandado de injunção deve torná-lo viável, efetivamente. Senão, qual a sua prestabilidade como garantia?

Até 5 de outubro de 1988, só havia garantias contra ações ilegais ou abusivas do Estado. Agora — com o mandado de injunção —, instituiu-se garantia destinada a proscrever, também, as suas omissões, que, como as ações, produzem lesões.

4 — *Proposição de um entendimento*

O entendimento acertado da destinação e da utilidade do mandado de injunção se constrói ao se perscrutarem, inicialmente, as causas de sua criação, para se conhecer a realidade social, política e econômica que motivou a sua instituição, de modo a se determinar, com exatidão, que providência jurisdicional tutelar o dispositivo constitucional do inciso LXXI do artigo 5.º suscita.

Tentar estabelecer a prestabilidade de uma garantia sem auscultar os seus fatores determinantes é divagar em vão caminho. Por isso, torna-se imprescindível firmar os fatos — precedentes necessários do Direito — para se entender a norma do mandado de injunção e dar-lhe a devida eficácia, da qual ainda carece.

Desde a primeira Constituição Republicana, de 1891, as ordens constitucionais diretoras do Brasil se preocuparam, precipuamente, com a limitação do poder. A nova Constituição, ao contrário, prima pela ordem social e pelos direitos e garantias fundamentais, consolidando o regime democrático.

Destarte, toda interpretação constitucional que se erija, deve sê-lo sobre os pilares da ordem jurídica social.

Em virtude desse novo norte tomado, o exegeta deve liar o trinômio motivo-fato-norma, objetivando conhecer o lastro social, não mais o político, das normas constitucionais.

5 — *Causas da criação do mandado de injunção*

O constituinte de 1987-1988, atento à inefetividade de certas normas constitucionais (principalmente as de ordem social) provocada pela inoperância dos Poderes Públicos em completar-lhes a eficácia para que produzissem os efeitos colimados pela Constituição, idealizou um instrumento processual voltado à realização dos direitos públicos criados genericamente pela Carta Jurídica ⁴.

Dimanou desse desígnio o mandado de injunção, meio de viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, postergado pela omissão das autoridades públicas.

6 — *Destinação e utilidade*

A que se destina o mandado de injunção?

Decerto se afirma: viabilizar o exercício de direitos (*lato sensu* considerados).

Para se saber da sua utilidade, urge investigar tão-somente o sentido da palavra cardeal do seu dispositivo constitucional instituidor: exercício.

Exercício é ação mecânica, movimento. Consiste, juridicamente, na atividade de o indivíduo pedir e ser atendido em algo (exercício de direito subjetivo público). Enfim, significa o movimento dentro da extensão que o próprio Direito faculta ao indivíduo.

Daí que a noção de inviabilidade do exercício se manifesta por uma situação jurídica concreta de recusa pelos entes estatais do dever de observar e cumprir o que determina a Constituição e, conseqüentemente, de denegação e restrição dos direitos públicos outorgados aos seus titulares.

⁴ SUGESTÕES DE NORMA CONSTITUCIONAL n.ºs 155-4 e 156-2, publicadas no *Diário da Assembléia Nacional Constituinte* (Suplemento), em 29-4-87, respectivamente às páginas 99 e 99-100. SUGESTÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL n.º 367-1, apresentada na Sala das Sessões da Assembléia Nacional Constituinte em 3 de abril de 1987 pelo Constituinte, Senador Ruy Bacelar.

Assim, tem-se que a utilidade do mandado de injunção está em investir concretamente o indivíduo em seus direitos.

7 — *Inseparabilidade dos Poderes Constituídos no cumprimento dos objetivos constitucionais*

Compete aos Poderes Constituídos, inseparavelmente, a efetivação, no mundo fático, das normas constitucionais. A todos eles incumbe este dever. E o cumprem integrados em objetivo (fim), mas independentes em sua consecução (meio). Todavia, a independência dos Poderes Constituídos não permite que um ou mais deles se abstenham de fazer o que estão constitucionalmente adstritos. Na falta de atuação destes, principalmente do Legislativo e do Executivo (aos quais cabe ditar o destino social, político e econômico do País), o Judiciário, mediante a ordem de injunção, deverá cumprir o objetivo estabelecido pela norma constitucional e atuar como Poder Integrado de objetivação dos fins, e, não, como Poder Independente de consecução dos meios.

8 — *Essência da decisão de injunção*

A essência da decisão de injunção reside na efetivação, no mundo fático, das normas constitucionais, ou melhor, o valor da decisão de injunção se expressa na vontade concreta da Constituição.

Mas como o Judiciário poderá atender a este mister sem ofender o princípio da tripartição funcional do Poder?

Insta, para tanto, conceituar mandado de injunção segundo os juízos fixados (fatos e fatores determinantes de sua criação) e identificar o ente sobre o qual recai, porque, como visto, o que incita correção por sua via é a denegação de direito constitucionalmente assegurado, que deve ser satisfeito, evidentemente, por determinado ente.

9 — *Conceito de mandado de injunção e identificação do ente sobre o qual recai*

Injunção significa imposição que recai sobre certo ente sob pressão de circunstâncias (sentido léxico).

Mandado de injunção é a ordem imperativa, emanada de órgão judiciário, que determina uma obrigação que incide sobre um ente por ter

se omitido em seu dever de observar e cumprir as normas constitucionais que outorgam direitos, liberdades e prerrogativas aos cidadãos.

O ente público, ou privado, sobre o qual recai a injunção nem sempre será o que omite providências normativas. Impetrado será o ente de execução concreta do comando jurídico-constitucional, isto é, aquele a quem a Constituição/Lei impõe um *dever* de prestar os serviços públicos necessários à satisfação do direito solicitado (ente de direito público), pois estes são o meio de execução e de efetivação das normas pelo Estado; ou aquele a quem a Constituição/Lei impõe uma *obrigação* de dar, fazer ou não fazer algo (ente de direito privado), com o mesmo intento (satisfação do direito), como, por exemplo, uma instituição financeira, que não pode cobrar taxas de juros reais acima de doze por cento ao ano, ou uma empresa, que tem de partilhar os seus lucros ou resultados com seus trabalhadores.

Admita-se a suposição: uma trabalhadora rural, de cinquenta e cinco anos de idade, exercita o seu direito à aposentadoria por motivo de velhice e requer ao serviço de previdência social o pagamento de prestações mensais no valor de um salário mínimo, segundo o que lhe assegura o art. 201, § 5.º, da Constituição. O INSS, ente público competente para executar concretamente o que determina o citado dispositivo, denega o pedido sob a justificativa de inexistir lei relativa aos planos de custeio e de benefício da previdência social, o que impede o exercício do direito à aposentadoria da trabalhadora rural.

Presentes os pressupostos específicos à admissibilidade do mandado de injunção — a falta de norma regulamentadora (causa) e a inviabilidade do exercício do direito (efeito) —, como concedê-lo?

A lacuna normativa é legal, do Poder Legislativo, que ainda não promulgou a devida lei. Contudo, quem deveria cumpri-la, se editada fosse, seria o INSS. Destarte, a ordem de injunção incidirá sobre este, determinando-lhe o cumprimento dos ditames constitucionais que conferem o direito à aposentadoria (art. 7.º, XXIV) e à participação nos benefícios da previdência social (art. 201, § 1.º), com a percepção de prestações mensais no valor de um salário mínimo (art. 201, § 5.º), até que sobrevenha outro valor mensal superior, estabelecido por lei.

Somente assim — dando efetividade concreta às prescrições da Constituição — o mandado de injunção terá utilidade de garantia de direitos. Afinal, a viabilidade do exercício de direito se traduz pela capacidade

de movimento dentro da extensão que o próprio Direito faculta aos seus destinatários. E é a isto que o mandado de injunção se presta.

10 — Conclusão

O mandado de injunção representa uma garantia de realização das promessas constitucionais.

O fundamento de sua instituição se encontra na falta de providências (ações) dos Poderes Constituídos, que importa na inefetividade das normas e, por conseqüência, dos direitos nelas contidos. Se aqueles não cumprem os mandamentos constitucionais, manifestam-se inertes, sendo a injunção o meio apto a viabilizar o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa, mediante a imposição, ao ente estatal, ou privado, competente para executar, de um dever ou uma obrigação já existentes na Carta de Direitos, mas que, por inobservância e indolência, não foram realizados.

Não se quer dizer com isso que o Poder Judiciário se transforme em poder jurígeno. Não cria direito novo. Apenas integra a norma ao mundo fático, emprestando-lhe eficácia e concreção.

O mandado de injunção tem o fito de quebrar o estado de hibernação em que habitualmente vivem as autoridades públicas ao longo da história constitucional brasileira. Revela-se como forma pela qual se processará a mudança da tradição das relações de direitos e deveres entre o Estado e os cidadãos, e entre estes mesmos. A ordem jurídica finalmente proveu o indivíduo de garantia frente às omissões do Poder Público.

Uma Constituição não deve ser uma engambelação. Deve dispor de instrumentos para a realização de suas promessas. De que adianta a República Federativa do Brasil autodenominar-se Estado Democrático de Direito, regulada por uma Carta provida de boas intenções, se não tem meios que encerrem a tão proclamada equidade social?

Ao legislador ordinário competirá dar ao mandado de injunção vigor de garantia fundamental, quando da legislação específica, principalmente elucidando a sua destinação e a sua utilidade e definindo o ente sobre o qual recairá, extirpando as controvérsias e as perplexidades hoje presentes.

O caminho para integrá-lo à ordem jurídica só se fará invio se interesses singulares e retrógrados se sobrepuserem aos interesses universais democráticos.