

ORIGEM DO MANDADO DE INJUNÇÃO E DIREITO COMPARADO

DOMITILA DUARTE ALVES¹

SHIRLEY ALONSO RODRIGUES SILVERIO LOPES²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a origem do mandado de Injunção, as discussões desenvolvidas nas comissões constituintes que resultaram no atual Texto Constitucional, bem como posicionar o Mandado de Injunção no âmbito do direito comparado, demonstrando as semelhanças e diferenças com institutos de outros países, salientando os contornos, os objetivos e as peculiaridades deste instrumento constitucional introduzido originalmente no Direito Brasileiro.

Palavras-chave: Mandado de Injunção. Provimento Judicial.

1 INTRODUÇÃO

O Mandado de Injunção constitui novidade introduzida pelo Direito Brasileiro. Embora possamos encontrar institutos com alguma semelhança em outros países, como por exemplo, a “Injunction” inglesa ou a “Verfassungsbeschwerde” no direito alemão, ou no direito Anglo Saxão, bem como inspiração no velho Direito Português, as características do nosso instituto são mais abrangentes.

No processo de elaboração do Texto Constitucional, muita discussão e problematização surgiram em relação a determinadas matérias polêmicas e para buscar um equilíbrio entre as diversas forças políticas, quando não se atingia o consenso de

¹ Procuradora Nível III do Município de Diadema. Aluna de pós graduação em Direito Ambiental.

² Procuradora Nível Iv do Município de Diadema. Especialista em Direito Público

determinada questão, procurou o constituinte uma saída, remetendo a eficácia destas normas de conteúdo programático para legislação posterior.

Dessa forma, surge o Mandado de Injunção no Direito Brasileiro, previsto no artigo 5º, LXXI da Constituição Federal de 1988, de forma a dar aplicabilidade às normas constitucionais, cujo exercício esteja inviabilizado por falta de norma regulamentadora.

O Mandado de Injunção passa a ser auto-aplicável, de acordo com o artigo 5º, §1º da Constituição Federal que garante aplicabilidade imediata para todas as garantias Constitucionais e nem poderia ser de outra forma, pois o instituto criado para dar efetividade a direitos constitucionais não poderia ter eficácia limitada.

Dessa forma, busca-se dar efetividade às normas constitucionais que não possuem aplicabilidade imediata.

2 ORIGEM DO MANDADO DE INJUNÇÃO

O artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal de 1988 possui como finalidade a fruição de direitos, liberdades ou prerrogativas inerentes à soberania, cidadania e nacionalidade, cujo exercício está sendo inviabilizado por falta de norma regulamentadora.

No Brasil, durante a Assembléia Nacional Constituinte a comunidade jurídica procurou mecanismos para evitar a omissão dos órgãos competentes em regulamentar normas constitucionais, pois nada adianta a enunciação no Texto Constitucional de direitos, tais como, saúde, educação, etc., se o Estado não é compelido a pôr em prática estes direitos.

As discussões em torno de mecanismos para evitar essa inércia dos órgãos competentes surgiram durante as quatro fases do processo de elaboração da Constituição Federal de 1988: fase das subcomissões, das comissões temáticas, da comissão de sistematização e do plenário.

Podemos destacar inicialmente nos trabalhos da subcomissões temáticas, a proposta 155-4 do Senador Virgílio Távora sobre o instituto:

"Artigo. Sempre que se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão, conceder-se-á Mandado de Injunção, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança"

Na justificativa de sua proposta o Constituinte esclarecia:

"Sempre que qualquer um dos Poderes Constituídos (Legislativo, Executivo ou Judiciário) deixar de expedir ato ou norma que, implementando o texto constitucional, concretizará o direito genericamente neste previsto."

Os Constituintes deram como exemplo os direitos que são criados por normas programáticas e que em geral, inexistem de fato ante a inércia dos Poderes Constituídos, não sendo dada aos seus eventuais destinatários qualquer possibilidade de exigir a sua efetivação, por falta de instrumentos.

No processo de elaboração do texto constitucional muitas normas tiveram conteúdo problemático, o legislador em relação as matérias polêmicas, visando contornar maiorias não solidificadas e buscar um ponto de equilíbrio entre as forças políticas, quando se percebia que o consenso não seria facilmente atingido, remeteu a eficácia e o delineamento destas normas à legislação posterior.

A preocupação em criar um instituto jurídico para dar efetividade às normas constitucionais foi encontrada também na Subcomissão dos Direitos Políticos, Dos Direitos Coletivos e Garantias.

O artigo 3º, incisos VII do anteprojeto previa:

"O mandado de garantia social por inexistência ou omissão de normas, atos jurisdicionais ou administrativos."

O mesmo ocorreu na Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais.

"Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata. Conceder-se-á mandado de injunção para garantir direitos nela assegurados, não aplicados em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requeridos em qualquer juízo ou Tribunal, observadas as regras de competência da Lei Processual."

O mandado de injunção também estava presente na Subcomissão de Educação, Cultura e Esporte.

O constituinte José Paulo Bissol da Comissão Temática da Soberania e Dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher também previu o instituto.

"Artigo 34. Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual do mandado de segurança, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, a soberania do povo e à cidadania."

"Artigo 48....."

Parágrafo primeiro. A lacuna permanecendo, depois de seis meses da promulgação da Constituição, qualquer cidadão, associação, partido político, sindicato ou entidade civil poderá promover mandado de injunção para efeito de obrigar o Congresso a legislar sobre o assunto no prazo que a sentença consignar."

No primeiro Substitutivo há uma reprodução dos artigos 34 e artigo 48, § 1º da Comissão da Soberania e Dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher e do artigo 3º, parágrafo único da Subcomissão de Educação, Cultura e Desportos.

Na fase de emendas podemos citar a emenda nº 34.970 de 5/09/87 de autoria do senador Fernando Henrique Cardoso, onde foi suprimida a referência ao rito do mandado de segurança e restringido o âmbito de atuação do mandado de injunção, sendo objeto de tutela apenas liberdades e prerrogativas, sem a menção a direitos. Também foi retirado do Substitutivo, o artigo que tratava do mandado de injunção na área da educação por ser redundante.

"Artigo 5º....."

Parágrafo 47. Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual previsto em Lei Complementar, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania."

No terceiro substitutivo à redação se manteve e apenas modificou-se o tipo de lei necessária para a fixação do rito procedimental, que passou a ser ordinária ao invés de lei complementar.

"Artigo 5º....."

LI - Conceder-se-á mandado de injunção, na forma da lei, 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."

Finalmente, houve a última alteração no projeto de Constituição "B", que suprimiu definitivamente a lei definidora do rito processual e definiu a atual redação do mandado de injunção constante no texto constitucional.

"Artigo 5º.....

LXXI - 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. "

Portanto, foram feitas duas modificações importantes nos substitutivos, dando origem ao texto atual, inseriu-se o termo "direito" na redação e suprimiu-se a expressão "na forma da lei."

O mandado de injunção passa a ser norma auto-aplicável, pois nem seria razoável que fosse diferente, uma vez que o instituto criado para dar efetividade a direitos constitucionais não poderia ter eficácia limitada.

O artigo 5º, § 1º da Constituição Federal garante aplicabilidade imediata para todas as garantias constitucionais.

Quanto ao rito procedimental, a doutrina posicionou-se no sentido da utilização do rito procedimental do mandado de segurança.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do mandado Injunção nº 107 - DF julgou a questão entendendo ser o instrumento auto-aplicável e quanto ao procedimento determina a aplicação dos procedimentos do mandado de segurança analogicamente.

No Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça o artigo 216 determinou que enquanto não fosse promulgada legislação específica para o mandado de injunção, aplicar-se-ia o Código de Processo Civil e a Lei 1533/51 que regula o mandado de segurança. Posteriormente, a criação da Lei 8038/90 afasta qualquer dúvida em seu artigo 24, parágrafo único.

"No mandado de injunção e no 'habeas data', serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada lei específica".

3 DIREITO COMPARADO

O Mandado de Injunção constitui novidade introduzida pelo Direito Brasileiro. Embora tenha algumas características semelhantes a outros institutos, não existe instrumento correspondente em nenhum outro país.

A "injunction" no direito inglês ocorre quando há vácuo legislativo completo em relação a determinada matéria, ou seja, quando houver a ausência de lei escrita ou de precedentes da "Common Law".

A "injunction" inglesa, segundo o Professor Augusto Castellanos Pfeiffer³, pode consistir em uma ordem proibindo uma pessoa de fazer determinada coisa (prohibitory injunction) ou compelindo alguém a fazer algo (Mandatory injunction), os dois institutos segundo o professor José Afonso da Silva⁴, se assemelham mais com interdito proibitório e com a ação cominatória do direito brasileiro, do que como mandado de injunção.

A "injunction" do Direito Americano, por seu caráter flexível e efetivo passou a ser utilizada nos Estados Unidos em vários contextos diferentes, desde a proteção de direitos civis e prerrogativas constitucionais dos cidadãos até para impugnar negações à igualdade de direitos e de oportunidades nas questões raciais.

Portanto, há inúmeras diferenças entre a "injunction" Americana e o mandado de injunção Brasileiro, este têm aplicação restrita a determinadas situações e é destinado a viabilizar direitos constitucionais de eficácia limitada. Ao passo, que aquela é utilizada em diversas situações visando coibir o desrespeito às normas exigíveis e auto-aplicáveis, que não dependem de regulamentação.

Não devemos esquecer que tanto o sistema jurídico inglês como o americano são totalmente distintos do sistema brasileiro, principalmente em relação ao Poder Judiciário.

A "Verfassungsbeschwerde" do direito alemão é uma ação que pode ser utilizada por aqueles que aleguem ter sofrido violação por parte do Poder Público de um direito fundamental ou de um dos direitos incluídos nos artigos 20, seção 4,33,38, 101e 104 da Constituição Alemã.

A ação alemã é utilizada tanto para comportamentos omissivos como comissivos de autoridades e nisto difere do mandado de injunção brasileiro, que somente pode ser utilizado quando houver inércia de regulamentação.

³ Mandado de Injunção, p.32

⁴ Mandado de Injunção e Habeas-Data, p.421

Quanto aos comportamentos omissivos a ação alemã é utilizada para reconhecer a omissão legislativa total e parcial, ou seja, quando a lei, violando o princípio da isonomia, reconhece determinados privilégios para pessoas, grupos e categorias em detrimento de outros em situação semelhante. A ação alemã se assemelha ao mandado de injunção brasileiro somente no que tange a omissão parcial.

Os Tribunais alemães têm a possibilidade de dar eficácia a preceito constitucional que reclame regulamentação.

Contudo, quando a omissão no Direito Alemão não puder ser suprimida senão pelo Poder Legislativo, o Tribunal não poderá expedir regulamentação provisória, apenas declara a inconstitucionalidade da legislação omissa, sendo necessária a edição de lei regulamentadora. Ao contrário do que ocorre no mandado de injunção, cuja finalidade é viabilizar direitos inoperantes por falta de regulamentação e não declarar tão somente a omissão legislativa.

Para a utilização da "Verfassungsbeschwerd" é necessário o prévio esgotamento da via ordinária e a presença de perigo de dano irreparável, requisitos inexistentes no mandado de injunção.

O mandado de injunção é utilizado para viabilizar qualquer direito constitucional. Enquanto a "Verfassungsbeschwerd" busca coibir as violações a direitos fundamentais e aos direitos incluídos no artigo 20, seção 4,33,38, 101e 104 da Lei Fundamental.

Outros autores aponta as raízes do mandado de injunção nos instrumentos existentes no velho Direito Português, com a única finalidade de advertência ao Poder Competente omissor.

O senador Virgílio Távora declarou que o artigo 283 da Constituição Portuguesa foi a fonte inspiradora para Mandado de Injunção brasileiro, sendo o instrumento brasileiro mais abrangente que o similar português, posto que deveria realizar controle de ato omissor de qualquer órgão público, a quem coubesse implementar o Direito Constitucional Positivo.

Para Alexandre de Moraes⁵, apesar das raízes históricas do Direito Anglo-Saxão, o conceito, estrutura e finalidades da injunção norte-americana ou dos antigos instrumentos lusitanos, não correspondem à criação do mandado de injunção pelo legislador constituinte de 1988, cabendo portanto à doutrina e à jurisprudências pátrias, a definição dos contornos

⁵ Direito Constitucional,p.

e objetivos desse importante instrumento constitucional de combate à inefetividade das normas constitucionais que não possuam aplicabilidade imediata.

4 CONCLUSÃO

Ao longo da história experimentou-se a passagem do Estado Liberal mínimo ao Estado Social Intervencionista.

Nossa Constituição Federal de 1988, de cunho eminentemente social, caracteriza-se como uma Constituição que consagra programas de atuação do Estado voltado ao bem estar social.

Sendo uma Carta aberta e voltada para o futuro, nem todas as disposições constitucionais possuem eficácia plena, por isso é tarefa essencial dar efetividade às normas constitucionais, estimulando sua aplicabilidade.

Preocupado com a efetividade de seus preceitos, o constituinte introduziu no Texto Constitucional mecanismos, dentre eles o Mandado de Injunção, cuja tarefa é dar efetividade às normas constitucionais, estimulando sua aplicabilidade.

A finalidade do mandado de Injunção é viabilizar, no caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontrar obstado por falta de norma, impedindo o esvaziamento dos direitos fundamentais.

Em que pese sua característica peculiar e inovadora introduzida originalmente no Direito Brasileiro com a Constituição Federal de 1988, que embora tenha alguma semelhança ou inspiração no Direito Comparado, o instituto possui peculiaridades, contornos e objetivos próprios de acordo com a realidade brasileira e especificamente as questões apontadas no trabalho quando da elaboração do Texto Constitucional pela Assembléia Nacional Constituinte de 1988, sua utilização está áquém do esperado, não devendo tornar-se “letra morta” na Constituição Federal de 1988. Devemos ter em mente sua finalidade, qual seja: dar efetividade às normas constitucionais dependentes de regulamentação e cabe ao aplicador do direito perceber sua responsabilidade na aplicação do instituto e o verdadeiro alcance deste instrumento criado de forma inovadora para garantir a efetividade e eficácia de direitos assegurados de forma ampla na Constituição Federal de 1988.

8 - BIBLIOGRAFIA

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Revista de Processo, v. 14, n° 56, p. 110-121, out./dez. 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 1989.

BERMUDES, Sérgio. **O mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 642, p.21-25, abril 1989.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *Fiscalização abstrata da constitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo, Ed. Saraiva, 2000.

_____. **Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2ª ed. ver. .amp. São Paulo. Celso Bastos Editor, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999.
NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Editora Atlas S/A, 1999.

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1978.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1995.

_____. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA PACHECO, José da. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SOUZA QUEIROZ, Luiz Cesar de. **Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – IBDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 210 – 211, abril/junho, 1998.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.