

# A IMPORTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS RECEIOS INFUNDADOS DO JUDICIÁRIO EM DAR VAZÃO A ESTE VALIOSO REMÉDIO JURÍDICO.

Antonio Carlos Klein

## RESUMO

*Este artigo procura descobrir as razões que fazem do mandado de injunção brasileiro uma garantia sem valor e aponta saídas para o impasse.*

## ABSTRACT

*This article tries to discover the reasons that make the brazilian writ of injunction an unused remedy and indicates solutions to break its inertia.*

## INTRODUÇÃO. Importância do tema.

**T**o d o E s t a d o Democrático de Direito deve ter um manancial de direitos fundamentais, armados de garantias, que assegurem vida digna aos seus cidadãos e ofereçam condições para o bem-estar geral.

Os direitos fundamentais distinguem-se dos demais direitos constitucionais porque procuram proteger especificamente a liberdade individual (consagrada no que se convencionou chamar de direitos fundamentais de 1ª geração), a igualdade social (direitos fundamentais de 2ª geração) e a solidariedade universal (direitos fundamentais de 3ª geração)(1).

Além de serem normas constitucionais efetivas nos países mais cultos do ponto de vista jurídico (entenda-se: países onde o Estado desenvolveu um alto grau de respeito pelo ser humano), encontram-se, os direitos fundamentais, também como princípios gerais na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU(2).

A correta apreciação dos direitos e das garantias fundamentais é, portanto, condição *sine qua non* para o bom constitucionalista. Distinguem-se os direitos das garantias, *grosso modo*, porque os direitos correspondem ao poder de agir do ser humano, enquanto cidadão e as garantias são os meios constitucionais disponíveis para a realização desses direitos. De nada valeriam os direitos sem as garantias de sua realização(3).

A Constituição de 1988 foi generosa em seu formalismo. Qualquer um que tivesse como único parâmetro a leitura da nossa Carta Magna asseveraria que os brasileiros gozam de uma situação privilegiada no planeta. A prodigalidade verbal de nossos constituintes é manifesta. A ignorância de “um ou outro defeito genético e alguns arroubos até ingênuos, que fazem lembrar o jusnaturalismo e o contratualismo líricos dos séculos XVII e XVIII”(4). Acontece, infelizmente, que existe uma distância abismal entre o papel e a realidade.

A doutrina é quase uníssona ao afirmar que os direitos e garantias fundamentais são exigíveis pelo simples fato de estarem previstos constitucionalmente. O parágrafo primeiro do artigo quinto, da CF 88, reforça esta idéia ao dispor que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

Contudo, serem juridicamente exigíveis não implica em terem a sua eficácia plenamente assegurada. A dificuldade está em exercer esses direitos quando há ausência de norma legal, ato administrativo ou judicial que os regulamente posto que o texto constitucional carece, inúmeras vezes, de regração ulterior, de nível infra-constitucional, que torne suas normas efetivas. Resultado: muitas normas (dentre elas, várias fundamentais) ficam paralisadas quanto à produção de seus efeitos.

Essa situação leva, cedo ou tarde, a uma reação popular contra

um certo despotismo às avessas, consistente na inércia dos operadores jurídicos, engenheiros responsáveis pela construção do Estado de Direito que foi arquitetado na Lei Maior, em viabilizar este mesmo Estado de Direito.

Inúmeros direitos e garantias fundamentais estariam fadados a não passarem de figuras de retórica SE a carta constitucional não trouxesse um instrumento processual que oferece uma saída para o problema: o mandado de injunção (MI). Trata-se de uma nova garantia constitucional de natureza processual estabelecida no art. 5º, inciso LXXI, da CF 88, que diz: *"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"*.

O MI foi aplaudido pela comunidade jurídica, quando da sua criação. Dezenas de trabalhos foram publicados, logo nos primeiros anos da atual Carta Magna, louvando a chegada da nova garantia. Porém, o recorde de popularidade acadêmica não afastou obstáculos que impedem a eficácia daquele que deveria ser justamente o garantidor da eficácia constitucional.

Usando como medida de verificação da eficiência do MI a sua aplicabilidade prática, pelos tribunais competentes, teremos, em qualquer estatística que se faça, um triste fracasso, até o presente

momento, do *mandamus injuntivo*(5), o que nos impele a refletir sobre as barreiras que a maior parte dos representantes do pensamento jurídico, ocupada com o estudo e/ou o uso do MI, vem enfrentando e/ou colocando para a sua concreção.

Os obstáculos opostos pela doutrina e pela jurisprudência à imediata aplicação do MI, identificados ao longo da nossa pesquisa, não se sustentam sequer diante de argumentos extraídos do interior da própria dogmática jurídica tradicional brasileira e ficam ainda mais frágeis frente ao pensamento de autores como HANS KELSEN, NORBERTO BOBBIO, RONALD DWORKIN, KARL LARENZ, OTFRIED HÖFFE e PONTES DE MIRANDA. Mas, sigamos devagar.

## ORIGENS

Sendo, na opinião de muitos estudiosos, "um instrumento inteiramente desconhecido à tradição constitucional brasileira"(6), entende-se que ajam dúvidas e desvios dentro da doutrina e da jurisprudência com relação ao tema. Assim, uma busca pela fonte do instinto faz-se, sem dúvida alguma, mister.

LENIO LUIZ STRECK, observa que "há uma disputa entre parlamentares sobre quem teve a idéia, originalmente, de incluir na nova Constituição o instituto injuntivo"(7). Todavia, nenhum de seus prováveis genitores apontou, nos textos de suas propostas, o

caminho do qual derivou sua sugestão injuntiva (à exceção do senador VIRGÍLIO TÁVORA, que faz menção ao art. 283 da Constituição de Portugal que trata de "inconstitucionalidade por omissão" e cuja redação e conteúdo é substancialmente diferente do nosso MI) (7-A).

A redação final do MI acabou gerando uma polêmica frugal.

Alguns estudiosos de quilate vêm na reclamação constitucional (ou queixa constitucional), a *Verfassungsbeschwerde* do Direito alemão, a fonte mais próxima do nosso instituto(8). Ocorre que são uma minoria de saudáveis germanistas que não atentam para o mero fato de que o copismo nacional tem raízes latinas, colhe algo do pomar anglo-americano, mas esbana na proficiência jurídica teutônica.

Quanto a *Injonction*, do Direito gaulês(9) e a *Ingiunzione*, do Direito italiano(10), a única coisa em comum que dividem com o nosso writ é o étimo. No latim, *injunctionem* significa "imposição de uma obrigação".

Há, queremos crer, duas correntes principais:

- A primeira possui nomes de peso que defendem a "absoluta singularidade do instituto pátrio"(11). O instituto criado pela Constituição de 1988 teria uma ilustre linhagem, sendo "neto" do *habeas corpus* e "filho" do mandado de segurança, ou seja o MI é fruto de um desdobramento do mandado de segurança que, por seu turno,

originou-se de um desdobramento do *habeas corpus*.

- A segunda corrente, que apoiou-se no estudo do Direito anglo-americano, guarda a convicção de que o constituinte brasileiro guiou-se, conscientemente ou não, pelos institutos privatistas da Inglaterra (onde os direitos subjetivos foram surgindo de maneira empírica, à medida em que era criada cada ação judiciária)(12) e, notadamente, dos Estados Unidos (o writ of *injunction* seria a fonte original do MI) e os adaptou à esfera pública nacional.

Sendo reconhecida pelo Brasil, atente-se que na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seus artigos VII e VIII, estão contidos dois preciosos argumentos que servem de corolário ao mandado de injunção, sobretudo tomando-se a ótica dos direitos fundamentais:

*"Artigo VII. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação."*

*Artigo VIII. Todo homem tem o direito de receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais, que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei".*

## EXAME DO ART. 5º, LXXI, DA CF.

### *Condições para a ação*

As condições para a ação de MI são:

a) carência de norma regulamentadora (ou mesmo, simplesmente, insuficiência desta norma ocasionando o “problema das lacunas”);

b) inviabilidade de exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Não é, pois, a mera falta de norma que permite a injunção. É necessário que a omissão legislativa torne inviável o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas.

Quando (hipótese improvável) a Constituição chegar a conter toda a normação necessária para a eficácia de suas disposições, “seu desrespeito não será atacado por injunção, mas pelos remédios comuns, como o mandado de segurança” (13). Como, no Brasil, esta plenitude infraconstitucional é uma grande utopia, o MI urge sair da atual situação em que se encontra para vingar com a maior brevidade possível.

As normas regulamentadoras podem ser:

a) qualquer norma legislativa (lei complementar, ordinária, resolução ou decreto legislativo);

b) ato administrativo;

c) ato da administração indireta;

d) norma regimental de Tribunal.

Quanto aos direitos, liberdades e prerrogativas tuteláveis pelo MI, é preciso levar-se em consideração que:

1. As liberdades garantidas na Constituição (de expressão, de crença, de trabalho, etc) são sempre direitos (fundamentais de 1ª geração). Logo, deveria ser desnecessária a referência às liberdades, que já se incluem entre os direitos(14).

2. Percebe-se, igualmente, que o MI não se restringe aos casos de prejuízo aos direitos individuais; pode tutelar também direitos coletivos e difusos(15).

3. Não são apenas os direitos que estão no art. 5º ou no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) que estão protegidos pelo MI, mas quaisquer direitos previstos em qualquer dispositivo constitucional e, ainda que não previstos, que sejam essenciais ao Estado de Direito Democrático.

4. As prerrogativas da nacionalidade, da cidadania e da soberania (soberania popular, não a do Estado) defendidas pelo MI trazem à tona a questão do *status activus processualis*. O fato é que a sugestão formulada por PETER HÄBERLE, assenta na idéia de que a “participação no procedimento de decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjectiva inerente aos direitos fundamentais.

Por outras palavras: a participação procedimental é, ela mesma, o exercício de um direito fundamental. Ainda noutros termos, porventura mais explícitos: o cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e efectiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade” (16). O MI é, portanto, uma das principais chaves que a Carta Magna nos ofereceu para alcançarmos o *status activus processualis*.

### *Objeto e sujeitos.*

Sendo o MI um meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e das prerrogativas já vistas, entende-se que o seu objeto será a proteção de quaisquer direitos constitucionais, individuais ou coletivos, de pessoa física ou jurídica, e de franquias relativas à nacionalidade, à cidadania e à soberania popular, cuja fruição, por inação do Poder Público em expedir as ditas normas regulamen-tadoras, não se dá. Dito de outra maneira, o objeto é a “defesa do seu estado juridico-político (*status libertatis*, *status civitatis* etc) e de direitos subjetivos seus” (17), decorrentes

das normas que consagram direitos e princípios fundamentais.

No entender de uma série de abalizados juristas, essa proteção, ou defesa, limitar-se-ia à constatação de um fato e sua comunicação a quem de direito.

Outros (que, a nosso ver, melhor captaram o sentido do MI) consideram que o juiz, decidindo pela procedência, há de editar, para o caso concreto, uma norma (pois a sentença concessiva é mandamental) condenando o sujeito passivo do direito à sua observância(18).

Falando em sujeitos, sabemos que a injunção pode tutelar direito individual, coletivo ou difuso. Assim, a legitimação ativa para o MI é variável. Sendo direito individual, será legitimado a agir o próprio interessado, por si ou representado por entidade associativa (art 5º, XXI). Quando estiver em causa um direito coletivo ou difuso, a impetração poderá ser feita pelos legitimados para o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX) ou pelo Ministério Público (art. 129, II).

O sujeito passivo do MI é o sujeito passivo do direito cujo exercício está comprometido pela ausência de norma, pois a ação não objetiva a simples edição da norma, mas a tutela em concreto de um direito, que pressupõe a edição da regra para o caso concreto. Não se condena, pois, o órgão normativo à edição da regra, mas condena-se o sujeito passivo do direito a respeitá-lo, nos termos da regulamentação posta pelo Juiz.

## **Competência e procedimento.**

A Constituição diz competir originariamente o julgamento do MI ao STF quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio STF (art. 102, I, q). Em recurso ordinário cabe ao STF julgar o MI decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

O STJ tem sua competência originária para processar e julgar o MI nos casos em que a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, emidade ou autoridade federal, da Administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal (art. 105, I, h).

Eis que, portanto, “os juízos competentes para julgar mandado de injunção são o STF e o STJ, remanescendo competência para os demais tribunais e juízos federais ou estaduais, na forma que a lei pertinente vier a dispor” (19) (20).

Até o presente momento, não existe legislação específica para reger o trâmite processual do MI (21). Assim temos dois entendimentos: a) aplicação analógica das normas pertinentes

ao mandado de segurança (é o pensamento de, *verbi gratia*, HELY LOPES MEIRELLES); b) uso do procedimento ordinário, previsto no art. 228 e seguintes do Código de Processo Civil (é o que defende uma minoria liderada por CARLOS ARI SUNDFELD) (22).

A doutrina é a favor da concessão de providências cautelares sempre que o julgamento tardio torne ineficaz o deferimento. “Se tal medida é cabível para a defesa de direito individual ou coletivo amparado por lei ordinária, com mais razão há de se proteger os direitos e prerrogativas constitucionais asseguráveis pelo mandado de injunção, desde que ocorram os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*” (23).

Em princípio, não há decadência nem prescrição para a impetração do MI, mas a futura lei processual do mandato injuntivo poderá (e deverá) dispor sobre o assunto.

## **Julgamento e recursos.**

No julgamento do MI, a Justiça determinará que o órgão competente (do Legislativo, do Executivo ou do próprio Judiciário) expeça a norma regulamentadora necessária ou decidirá concretamente sobre o exercício do direito do postulante, se entender dispensável a supramencionada norma (24).

Os recursos cabíveis são somente os admitidos na própria Constituição brasileira: o recurso ordinário contra decisão denegatória

do MI para o STF (art. 102, II, a) e o recurso extraordinário quando a decisão proferida em única e última instância contrariar dispositivo da Constituição de 1988 (art. 102, III, a e c). Os prazos serão os do CPC até que sobrevenha legislação específica.

Observe-se que o Judiciário, embora não possa legislar *erga omnes*, decide sobre o caso concreto que lhe é submetido. Sua decisão, ao interpretar preceitos constitucionais, é norma jurídica.

## **OS PRINCIPAIS OBSTÁCULOS À EFICÁCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO E A SUPERACÃO DESTES COM O USO DA PRÓPRIA DOUTRINA CONSTITUCIONAL E DA TEORIA GERAL DO DIREITO.**

### ***O estigma de “ação de inconstitucionalidade por omissão subsidiária”.***

Falamos no início deste trabalho das dificuldades enfrentadas e/ou criadas pela doutrina e pela jurisprudência no que concerne à aplicação do MI. Passemos, pois, para a análise dos obstáculos que, por obra e graça de uma “profusa literatura que rápida e precipitadamente (o MI) inspirou”(25), mais causam embaraços ao uso do *writ*.

Surgiu, com CALMON DE

PASSOS, uma tese apoiada na seguinte premissa: o MI pressupõe a existência de uma questão de inconstitucionalidade por omissão e esta envolve, apenas, o inadimplemento do órgão competente na regulamentação de um preceito constitucional, e não o inadimplemento do sujeito obrigado na relação jurídica substancial, seja ele sujeito público ou privado. O MI pressupõe uma lide em que o direito constitucional já foi certificado, mas falta, para a sua satisfação, apenas a edição da norma infra-constitucional.

“No rastro desse entendimento doutrinário e jurisprudencial, chega-se a uma dramática conclusão: para que um cidadão possa adentrar em juízo com um pedido de mandado de injunção é necessário, primeiro, esperar que uma das pessoas nominadas no caput do artigo 103 da Constituição Federal(...) ingresse com uma ação de inconstitucionalidade por omissão”(26).

Isso corresponderia ao total esvaziamento do mandado de injunção, o qual, de medida urgente criada para a preservação de direitos e prerrogativas do cidadão, passa a ser um mero sobressalente da ação de inconstitucionalidade por omissão. Tal crença, é mister enfatizar, além de contribuir para a despersonalização do instituto, acaba por minorizá-lo ao fazer crer que se trata de uma ação constitucional repetida e descartável.

A posição do jurista JOSÉ AFONSO DA SILVA é radicalmente oposta à citada tese, que considera



equivoca e absurda, elencando três argumentos arrasadores: "1º) não tem sentido a existência de dois institutos com o mesmo objetivo e, no caso, de efeito duvidoso, porque o legislador não fica obrigado a legislar; 2º) o constituinte, em várias oportunidades na elaboração constitucional, negou ao cidadão legitimidade para a ação de inconstitucionalidade por omissão, por que teria ele que fazê-lo por vias transversas? 3º) absurda mormente porque o impetrante de mandado de injunção, para satisfazer seu direito (que o moveu a recorrer ao Judiciário) precisaria percorrer duas vias: uma, a do mandado de injunção, para obter a regulamentação que poderia não vir, especialmente se ela dependesse de lei, pois o legislativo não pode ser constringido a legislar; admitindo que obtenha a regulamentação que será genérica, impessoal, abstrata, vale dizer, por si, não satisfatória de direito concreto; a segunda via é que, obtida a regulamentação, teria ainda que reivindicar sua aplicação em seu favor, que, em sendo negada, o levaria outra vez ao Judiciário para concretizar seu interesse, agora por outra ação porque o mandado de injunção não caberia"(27).

***O princípio da recepção da normatividade infra-constitucional e seu descabimento no confronto com o mandado de injunção.***

Existe outra barreira, que já se disseminou nos tribunais

superiores. Alicerça-se na idéia, defendida, entre outros, por GALENO LACERDA, que considera que "... se a legislação vigente, não revogada pela Constituição, suprir as remissões feitas pelo texto, não há lacuna, descabendo a injunção"(28).

O princípio da recepção das normas infra-constitucionais teria por escopo a limitação do uso do MI. "Assim, basta que exista uma norma ou um regulamento qualquer que trate da matéria constante no preceito constitucional, para que já não caiba o *writ*"(29).

Para refutar este argumento absurdo, basta tão somente invocar a própria doutrina constitucional dominante que entende que as normas conflitantes ficam imediatamente revogadas com a promulgação da nova Carta. Só se recepciona aquilo que não contradiz o direito novo.

***A problemática envolvendo a noção de lacuna.***

A terceira objeção oposta ao MI relaciona-se com o tipo de provimento judicial a ser oferecido. Não podendo o aplicador da lei transformar-se em legislador, é delicada a sua situação diante de um instituto que dá, facilmente, margem a polêmicas quanto ao assunto.

A questão traz, como pano de fundo, dois delicados problemas: o da separação dos poderes e o das lacunas. Ficamos, portanto, obrigados a fazer uma breve análise

do tema das lacunas (deixando o da separação dos poderes para a conclusão).

Uma visão canhestra da auto-suficiência do Direito considera que a completude jurídica está na lei. Isto obsta qualquer intervenção criadora do juiz (mero aplicador). Não há, pois, necessidade de preencher "vazios", porque eles não existem. Vê-se o Direito como sinônimo de norma, pior, de norma legal, de lei: o mais crasso dos reducionismos. Contra este fetichismo legal, levantou-se a idéia da existência de inúmeras e perigosas lacunas, não no Direito, mas na lei.

O Direito deve atender e dar solução a todos os conflitos inter-subjetivos. Não é a norma legal a fonte única na qual se vai à procura de respostas aos litígios. Há lacunas na lei que provocam a busca de outras fontes do ordenamento jurídico, posto que, este sim, não suporta lacunas(30). A existência de artigos legais como o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, o art.126 do Código de Processo Civil e o art. 5º, II, dá Constituição Federal, são confissões que afastam a hipótese absurda de completude da lei e, ao mesmo tempo, preenchem o requisito de suas lacunas técnicas(31).

HANS KELSEN, inúmeras vezes mal interpretado, inclusive ao expressar-se sobre este tópico, afirmava que a tese das lacunas do Direito e a omissão do legislador são pura ficção. "Esta (ficção) consiste em a falta de uma determinada norma de uma ordem jurídica...

ser apresentada como impossibilidade lógica da aplicação dessa ordem jurídica"(32). Essa falta, acrescenta, é resultante de um juízo etico-político subjetivo. Há uma autorização implícita do legislador para que o juiz complete a norma se for necessário à sua aplicação. Consiste, portanto, num feliz avanço, no terreno que palmilhamos, a posição do mestre vienense, na medida em que ele demonstra que as lacunas legais são utilizadas por uma corrente que sustenta o imobilismo social através do emperramento que se pode fazer no plano jurídico (logo mais adiante, na conclusão deste trabalho, teremos uma visão complementar, acerca da questão, de cunho mais avançado).

A discussão sobre a existência ou não de lacunas do Direito (leia-se, Ordenamento Jurídico) assume relevância na medida em que a tese da ausência de lacunas serve tanto aos defensores de um Direito altamente disciplinado e controlado pela máquina estatal, quanto aos que propagam a idéia de que ordenamento é **dinamicamente completável** (apontando dispositivos, como o Art. 4º da LICC, que dão ao juiz o poder-dever de fazer recurso a todos os meios permitidos para suprimir uma eventual lacuna legal.

Se no ordenamento jurídico brasileiro existem regras que colocam a completude como uma condição formalmente necessária, afastando a possibilidade da existência de lacunas (de Direito, enfatize-se, não legais), que papel cabe ao mandado de injunção?

A resposta é, depois do que acima foi dito, simples: "o writ em questão, na medida em que não se enquadra no âmbito das lacunas é um caso de **delegação expressa** do legislador constituinte ao órgão aplicador da lei para que este, na falta de uma norma regulamentadora de um direito, edite a referida norma, para o caso sub judice"(33). Garante-se, destarte, a aplicabilidade imediata da norma constitucional. O MI assume a função de cimentador das lacunas constitucionais.

O mandado injuntivo poderia, enfim, ser traduzido da seguinte forma: "cumpra-se o que diz a Constituição, respeitem-se os direitos fundamentais". Sendo assim, o MI tangencia nada menos do que a *Grundnorm* de Kelsen, a norma hipotética fundamental. É instrumento de sua persecução.

## CONCLUSÃO

A partir da observação de HANS KELSEN de que a ficção da lacuna é resultante de um juízo de valor ético-político subjetivo, fica de uma obviedade ululante o fato de que a inviabilização do mandamus em estudo não se prende às questões técnico-jurídicas expostas. Estas são apenas a epiderme. O pano de fundo, do qual decorrem todos os obstáculos, é de natureza politico-ideológica.

Como o MI ameaça abrir um importantíssimo canal de criação jurídica, levando o julgador a ser, em *strictu sensu*, legislador, a dogmática jurídica e a própria

jurisprudência usam todos os recursos possíveis para não permitir que os direitos fundamentais cuja realização material venham a representar um gasto substancial para o Estado e para a elite dirigente deste país, sejam efetivados com a garantia injuntiva.

RONALD DWORKIN "trata da problemática das lacunas e da noção de sistema fazendo uma crítica ao que o positivismo chama de "teoria dos casos difíceis". Segundo essa teoria, quando um determinado litígio não pode ser subsumido claramente em uma norma jurídica, o juiz tem "discrição" para decidir o caso em um ou outro sentido"(34). Para DWORKIN, tal opinião supõe que uma das partes tenha um direito preexistente para vencer o processo. Essa teoria da adjudicação de competências ao juiz é inadequada, diz o jusfilósofo norte-americano. O juiz, para DWORKIN, introduz novos direitos que aplica, retroativamente, à *vexata quaestio*.

KARL LARENZ trata da problemática das lacunas vinculando-as à evolução do Direito e às necessidades sociais. Para LARENZ, a falta de determinada regulamentação sobre um assunto pode ser uma decisão consciente do legislador, não podendo, dessa forma, ser considerado uma lacuna. A ordem jurídica é um "sistema aberto"(35) e não completo, fechado. A idéia de lacuna é inadmissível nessas condições.

Conclui-se que, o exame do MI à luz da dogmática tradicional, leva ao entendimento de uma não

aceitação, por parte da maioria dos juristas, de mudanças no funcionamento da vida jurisdicional.

Somente uma modificação profunda na estrutura do Judiciário pode vir a trazer uma satisfação da justiça que venha a ser mais célere e eficaz. Com isso, o MI sairia de sua mórbida estagnação e alcançaria o patamar de instrumento precioso que lhe está reservado.

OTFRIED HÖFFE alerta para a necessidade de uma justiça política, que não tem ligação com simpatia política, mesmo porque quando "simpatia e antipatia entram no jogo, a imparcialidade está ameaçada" (36). A justiça política tem o seu lugar no âmbito da justiça institucional. Como o Direito e o Estado são julgados com a justiça política do ponto de vista moral, deve-se falar de um ponto de vista moral em face do Direito e do Estado.

A onda ética que vem dominando o país, tendo como um dos baluartes o controle dos magistrados, merece respeito. Não se pode, simplesmente, refutar tal pensamento por não atender aos requisitos de uma teoria constitucional clássica, ou melhor, ultrapassada (37).

Não podemos admitir outra experiência frustrante, como foi a Lei 221 de 30.11.1894, que pôs ao alcance dos administrados uma poderosa ferramenta processual para o controle do Poder Público (38) que veio a naufragar "vez que tanto os magistrados quanto os próprios jurisdicionados" (39) não se achavam a altura dela.

PONTES DE MIRANDA dizia que é necessário que o juiz interprete, e não ataque, uma lei. Se os juízes não se conscientizarem de seu relevante papel social, se não passarem a agir como o depositário das esperanças de justiça da sociedade, se mantiverem seus vícios, defendendo-os como virtudes diante de qualquer sopro de revisão constitucional nesse sentido, deitaram a perder o que há de melhor na Constituição, "à espera de fecundação e vida" (40), que pode ser conseguido com o MI e estarem condenando o que sobrou da confiança e da fé do povo brasileiro em suas decisões.

## NOTAS

1. Nesse sentido, ver Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, pp. 477-483.

2. O Brasil é signatário deste documento que é considerado por BOBBIO como o mais importante do século XX. Recomenda-se a leitura do excelente A Era dos Direitos do grande mestre italiano.

3. "A garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substancialidade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal acontecesse, implicaria já o perecimento do ente protegido" (Paulo Bonavides, op.cit., p. 455).

4. Adhemar Ferreira Maciel, *Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão*, p. 44. A leitura é indispensável! Foge às nossas pretensões comentar tão arguto texto e, ao mesmo tempo, queremos atizar a curiosidade do leitor para que procure o artigo do professor mineiro.

5. Numa tentativa de traçar um panorama dos casos de injunção julgados pelo STF e STJ, recorremos ao PRODASEN, via Biblioteca da Procuradoria do Estado do Ceará. O resultado deste esforço de enriquecer indutivamente o trabalho, realizado em novembro de 1993, foi uma triste paródia da própria insensibilidade dos tribunais para com o MI.

Não encontramos sequer uniformização. Os dados ofertados estavam em enorme caos. Enquanto que no STF, a chave que dá acesso as informações é MI, no STJ é INJUNÇÃO. Além disso, após três tentativas, não conseguimos colher todos os acórdãos existentes no STJ, fato que inviabilizou um quadro deste tribunal.

Do STF, obtivemos 31 documentos. Quatro deles não tratavam de mandado de injunção (eram três recursos extraordinários e uma intervenção federal que, por conterem a sigla MI no meio de seus textos, entraram na "copy" solicitada). Portanto, dos somente 27 mandados injuntivos que constavam como julgados pelo STF até aquela data (mais de cinco anos

depois de promulgada a Constituição, o que dá a medida de sua inoperância), 23 foram negados e somente quatro foram concedidos (ainda assim, apenas parcialmente). Examinando os documentos, observa-se muita ignorância no uso do MI por parte de quem o solicita, mas, também, verifica-se um forte comodismo das cortes superiores, um receio, por parte delas, de que o (mediocre) equilíbrio das coisas se altere com o pleno uso do MI.

6. Paulo Bonavides, *op.cit.*, p. 463. Contra este argumento estão os que defendem que o MI se originou de um desdobramento do mandado de segurança (que, por sua vez, originou-se de um desdobramento do habeas corpus). Nesse sentido, ver Willis Santiago Guerra Filho, *Anotações sobre institutos de direito processual no Brasil*, pp.102-103.

7. Nesse sentido, ver Aricê Moacyr Amaral Santos, *O mandado de injunção*, pp. 15-17, Lenio Luiz Streck, *O mandado de injunção no direito brasileiro*, pp. 24-26 e Adhemar Ferreira Maciel, *op.cit.*, p. 47. O senador Alfredo Campos atribui a Virgílio Távora a idéia original (sugestões nº 155/4 e 156/2). Mas, Gastone Righi e Lisâneas Maciel desenvolveram o instrumento na Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias. Em paralelo, a Subcomissão dos Direitos Individuais e Garantias do Homem e da Mulher, através do relator Darci Pozza e de Ruy Barcelar, enviaram proposta à

Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, cujo relator, José Paulo Bisol, acatou o texto na íntegra.

7-A. Ver Adhemar Ferreira Maciel, *op.cit.*, pp. 47-49.

8. *Idem*, p. 54.

9. Lenio Luiz Streck, *op.cit.*, p. 23.

10. Aricê M.A.Santos, *op.cit.*, p.10.

11. A frase ó de Celso Ribeiro Hastos in Aricê M.A.Santos, *op.cit.*, p.13. Também segue esse pensamento Manoel Gonçalves Ferreira Filho, reproduzido na mesma página, e Willis Santiago Guerra Filho, *op.cit.*, p.103.

12. *Where there is no remedy, there is no right*. Ver Lenio Luiz Streck, *op.cit.*, p. 21.

13. Carlos Ari Sundfeld, Mandado de injunção in RDP-94, p.146. O mesmo autor destaca, na p.147, que “há direitos(...) cuja fruição requer prévia providência material de outrem(...) o direito do acesso à escola (art. 208, § 1º e o direito de acesso às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (art.196), dependem da existência de escolas e hospitais, de professores e médicos, de material didático e medicamentos, etc. Se alguém não obtém vaga em hospital ou escola, não é por falta de norma regulamentando tais serviços, mas por falta de providências materiais necessárias ao seu oferecimento (destinação de verbas, licitação, contratação, concurso público, etc)”.

Tais direitos são, contudo, exigíveis, porque as normas que os definem têm aplicação imediata (art. So, parágrafo único, da CF 88), mas por meio de ações comuns e não injunção.

14. Por outro lado, levando-se em conta o fato de ainda não estarmos habituados à vida democrática, devemos considerar este pleonismo do constituinte como sendo positivo.

15. Importante dificuldade se põe na utilização do MI para a defesa de direitos coletivos, a qual faz referência Sundfeld: “Há direito coletivo quando uma norma jurídica prescreve ao Estado um dever cujo cumprimento beneficia o indivíduo, mesmo que indiretamente, devendo fruição do benefício ser feita necessariamente em conjunto com terceiros. A ausência de norma regulamentadora de direito coletivo só pode ser suprida indistintamente para todos os beneficiários do direito. O art. 23, VIII, diz ser competência (logo, dever) das várias pessoas políticas preservar as florestas, a fauna e a flora, o que gera o direito coletivo a esta preservação. O art. 225, § 1º, VII, diz que ao Poder Público incumbe, para assegurar a efetividade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ‘proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade’. A dúvida que se põe diz respeito à possibilidade de impetrar-se mandado de injunção

para obter a norma, mesmo à falta de uma situação concreta em que esteja em risco a função ecológica da flora e da fauna. Entendo que a resposta é negativa, porquanto, se a injunção pudesse ser impetrada para a defesa, em abstrato, do direito coletivo, seu efeito seria a edição, pelo Judiciário, de uma lei para reger, em abstrato, as situações, o que não se admite..." (Carlos Ari Sunfeld, op.cit., p.147).

16. J.J. Gomes Canotilho, *Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização* (Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra), p. 7 (grifos nossos). Ver também Willis Santiago Guerra Filho, op.cit., pp.100-101.

17. Willis Santiago Guerra Filho, op.cit., p.100. À revelia do pensamento do citado professor cearense, para quem o texto do dispositivo não delimita com precisão seu objeto.

18. Nesse sentido, ver José da Silva Pacheco, *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*, especialmente as pp. 293-295.

19. Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança*, p.144.

20. Ver a Constituição do Estado do Ceará, art.100 e art.108, VII, c. O Tribunal de Justiça do Estado tem competência originária para processar e julgar MI contra omissão do Governador do Estado, da Mesa e da Presidência da Assembléia Legislativa, do próprio tribunal ou

de algum de seus órgãos, do Tribunal de Alçada e seus órgãos, dos Secretários de Estado, do Presidente do Tribunal de Contas, do Presidente do Conselho de Contas dos Municípios e do Procurador-Geral de Justiça.

21. Vários autores sustentam a necessidade de regulamentação do MI (tendo mesmo quem levantasse a exdrúxula hipótese de que se deveria entrar com um mandado de injunção para regulamentar o mandado de injunção).

Há três projetos de lei a respeito da matéria tramitando no Congresso Nacional, sendo que o mais importante delcs é o do deputado federal pernambucano Maurilio Ferreira Lima, com 22 artigos, composto por uma comissão de juristas do Recife, a pedido da OAB-PE (ver o citado projeto em Ivo Dantas, *Mandado de injunção*, pp.105-111). Enquanto não houver uma lei a respeito da processualística do MI, o "troteio" de informações proporcionado pela luta entre forças conservadoras e renovadoras nesta e noutras questões referentes ao MI resultará, segundo inúmeros pensadores do Direito, em vão filosofia.

Willis Santiago Guerra Filho coloca-se em posição singular ao afirmar perspicazmente que "na verdade, é até conveniente que não se regule com precisão o modo de se proceder em juízo, quando se trata desses instrumentos de atuação da jurisdição constitucional de tutela dos direitos fundamentais, por serem

de sua própria índole infensos à prévia programação normativa, já que devem estar prontos para enfrentar situações imprevisíveis de antemão”(W. S. Guerra Filho, op.cit., p.105).

22. “Não se aplica o procedimento do mandado de segurança pois: a) o fundamento único(...) seria a semelhança da nomenclatura(...); b) a razão de ser do mandado de segurança é tornar mais ágil o controle do exercício da autoridade(...) o mandado de injunção não foi criado para tornar mais ágil a atividade jurisdicional, e sim para fazê-la mais abrangente...; c) a adoção do rito do mandado de segurança exigiria a aplicação da restrição de seu cabimento à demonstração da liquidez e certeza...”(Carlos Ari Sunfeld, op.cit., p.150).

23. Hely Lopes Meirelles, op.cit., p.145. Nesse mesmo sentido: “O fundamento constitucional implícito para a afirmação da necessidade de conceder-se a medida cautelar, inclusive liminarmente, está na idéia de que o Estado de Direito pretende a defesa dos direitos *in natura*, não a outorga de um ressarcimento, em caso de sua violação. Figure-se um exemplo: se a falta de uma norma regulamentadora estiver permitindo a extinção de uma espécie animal, causando inegável desequilíbrio ecológico e, em consequência, a violação do direito previsto no art. 225 da

Constituição Nacional, o julgamento tardio do mandado de injunção(...) tornaria inócua a providência judicial, quando concretizada” (Carlos Ari Sunfeld, op.cit., p.151).

Assim, também, deveria ter ocorrido no célebre caso de tortura em presos, praticada por policiais cearenses, que os jornais locais divulgaram amplamente no ano de 1993. Não havendo norma regulamentadora do art. So, XLIII, no que se refere à tortura, foram os policiais processados por LESÃO CORPORAL DE NATUREZA LEVE, escudados, ainda pelo velho princípio penal do *nula poena sine lege*, que também é um direito fundamental, art. 5º, XXXIX e XL, mas que, numa avaliação transcendente à dogmática apodrecida e atenta ao **princípio da proporcionalidade**, levaria a uma sentença mais justa para o caso e certamente coibiria futuras práticas destes carcereiros medievais que povoam o país (até que adviesse a regulamentação normativa).

24. Hely Lopes Meirelles entende que a decisão “não fará coisa julgada **erga omnes**, mas apenas **inter partes**”(H.L.Meirelles, op.cit., p.146). Já Sunfeld considera que: “a) tratando-se de direito individual, a coisa julgada se aplica apenas entre as partes; b) tratando-se de direito coletivo ou difuso, a eficácia da sentença será **erga omnes**”(Carlos Ari Sunfeld, op.cit., p.150).



25. Willis Santiago Guerra Filho, op.cit., p.101.
26. Lenio Luiz Streck, op.cit., p. 54.
27. José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, p. 389.
28. Galeno Lacerda, Eficácia imediata do mandado de injunção in Lenio Luiz Streck, op.cit., p. 51.
29. Lenio Luiz Streck, op.cit., p. 51.
30. Nesse sentido, ver Norberto Bobbio, Teoria do ordenamento jurídico. Consoante Bobbio, o ordenamento jurídico é um sistema, entenda-se, uma totalidade ordenada. Não há lacunas no Direito, há, contudo, lacunas na lei.
31. Há, na verdade, duas posições conservadoras sobre o assunto: uma, mais antiga, negando a existência de quaisquer lacunas, de forma que não haja alteração na letra da lei (codicistas); e outra, mais moderna, admitindo as lacunas, mas de forma tal que estas não impliquem em mudanças na ordem vigente.
32. Hans Kelsen, Teoria pura do direito, p. 340.
33. Lenio Luiz Streck, op.cit., p. 67. Ressalte-se que o termo que grifamos, delegação expressa, utilizado por Streck, é kelseniano.
34. Idem, p. 78.
35. Karl Larenz, Metodologia da ciência do direito, p. 443.
36. Otfried Höffe, Justiça política, p. 49.
37. Nesse sentido, ver Fabio

Konder Comparato, Direitos humanos e... Estado; Joaquim Falcão, A crise do Supremo e Walter Ceneviva, Linguagem da justiça tropeça nos problemas do Estado.

38. Ver Adhemar Ferreira Maciel, op.cit., p. 44.

39. Idem, p. 44.

40. Idem, p. 44.

## BIBLIOGRAFIA

- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro, Renovar, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo-Brasília, Polis EdUnB, 1989.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros, 1989.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*. Separata do vol. LXVI do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, Coimbra, 1990.
- CENEVIVA, Walter. *Linguagem da Justiça Tropeça nos Problemas do Estado in Folhetim Jurídico* no 2. Fortaleza, setembro de 1993, p. 3.
- COMPARATO, Fabio Konder. *Direitos Humanos e... Estado* in Direitos

- Humanos e... (A.C. Ribeiro Fester, org.) - Comissão Justiça e Paz de São Paulo. São Paulo, Brasiliense, 1989.
- COSTA, Célio Silva. *A Interpretação Constitucional e os Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Liber Juris, 1992.
- DANTAS, Ivo. *Mandado de Injunção*. Rio de Janeiro, Aide, 1989.
- FALCÃO, Joaquim. *A Crise do Supremo in Folha de S. Paulo*. São Paulo, 09.08.93, p.1-3.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza, IU, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Anotações sobre Institutos de Direito Processual Constitucional no Brasil (mandado de segurança e mandado de injunção) in Revista da Procuradoria Geral do Estado, ano 6, nº 8, Fortaleza, 1989, pp. 90-108.*
- GOMES, Randolpho. *Mandado de Injunção*. Rio de Janeiro, Ed. Trabalhistas, 1987.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. Petrópolis, Vozes, 1991.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra, Armenio Amado, 1979.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1989.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. *Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão in Revista de Direito Público, no 89. São Paulo, 1989, pp. 43-57.*
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*. São Paulo, Malheiros, 1992.
- SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O Mandado de Injunção*. São Paulo, RT, 1989.
- SANTOS, Ulderico Pires dos. *Mandado de Injunção*. São Paulo, Paumape, 1988.
- STRECK, Lenio Luiz. *O Mandado de Injunção no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro, Ed. Trabalhistas, 1991.
- STRENGER, Irineu. *Mandado de Injunção*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1988.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Mandado de Injunção in Revista de Direito de Direito Público, nº 94. São Paulo, 1990, pp.146-151.*