

O MANDADO DE INJUNÇÃO FINALMENTE TERÁ SUA LEI

WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG
Mestre e Doutor em Direito pela UFPR
Pós-graduado pela Universidade de Paris II
Procurador Regional da República
Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais – IBEC

Sumário:

AINDA SE PRECISA DO MANDADO DE INJUNÇÃO?
O MANDADO DE INJUNÇÃO PRECISA DE LEI?
UM NÚCLEO COMUM PARA O TRATAMENTO DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL
COMENTÁRIOS AO PROJETO DE LEI nº 6.128/2009 – POR ARTIGO
UMA PROPOSTA PARA SER DISCUTIDA

Ainda se precisa do mandado de injunção?

Mais de vinte e um anos do advento da Constituição brasileira de 1988 e surge um novo projeto de lei para disciplinar o processo e julgamento do mandado de injunção – justamente ele, o mandado de injunção, uma espécie processual para lutar contra o tempo¹ e a demora em efetivar “direitos e liberdades constitucionais” e “prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (Constituição, art. 5º, LXXI).

Saúdo a iniciativa do Deputado e jurista FLÁVIO DINO, que não apenas resgata a importância do instituto, como percebe e traduz legislativamente a evolução jurisprudencial que vem dando novo alento ao mandado de injunção.

Por ora, o Projeto de Lei 6.128/2009 foi, juntamente com outros semelhantes, apensado ao Projeto de Lei 6.002/1990 (uma versão mais tímida e modesta), que, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, recebeu parecer favorável do relator, Deputado Antonio Carlos Biscaia, nos termos do substitutivo apresentado.

Há os que nunca perdemos a esperança, como o Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, para quem o mandado de injunção serve para “fazer com que a norma constitucional seja aplicada em favor do impetrante, independentemente de regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada”.²

¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. O tempo e a aplicabilidade das normas constitucionais. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 387-398.

² *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 450.

Há os que eram céticos desde o início, como o Professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, inclusive a defender um alcance restrito ao mandado de injunção, que “[n]ão importa no estabelecimento pelo próprio órgão jurisdicional da norma regulamentadora necessária à viabilização do direito”.³

Há os que, ciosos da efetividade das normas constitucionais, como o Professor LUÍS ROBERTO BARROSO, veem no mandado de injunção um instituto prescindível, que cumpriu seu “ciclo histórico” e passou à desconfortável posição de, “quando não um óbice, ao menos um complicador desnecessário à realização dos direitos”. BARROSO sugere então a revogação do dispositivo constitucional que alude ao mandado de injunção e sua substituição por uma fórmula “mais simples, célere e prática” (de valor enfático, uma vez que, “[a] rigor técnico, nem sequer é necessária a verbalização desse comando, que decorre da lógica do sistema e já vem expresso de longa data no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil”), qual seja, um acréscimo ao § 1º do art. 5º da Constituição: “As normas definidoras de direitos subjetivos constitucionais têm aplicação direta e imediata. Na falta de norma regulamentadora necessária ao seu pleno exercício, formulará o juiz competente a regra que regerá o caso concreto submetido à sua apreciação, com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito.”⁴

Previsão semelhante já havia sido formulada à época da Assembleia Nacional Constituinte pelo Deputado Darcy Pozza: “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”.⁵

O fato é que existiam e existem direitos previstos na Constituição brasileira, em relação aos quais a falta de norma regulamentadora impede ou dificulta o desfrute. O direito de greve dos servidores públicos, previsto no art. 37, VII, da Constituição (que suscitou os Mandados de Injunção 670, 708 e 712, julgados em 2007, em que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a mora legislativa e determinou a aplicação da legislação relativa à iniciativa privada: a Lei 7.783/1989); a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, prevista no art. 7º, I (que suscitou a incorporação da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, o que foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480-3/DF⁶); a participação das comunidades indígenas nos resultados da lavra das riquezas minerais em suas terras, prevista no art. 231, § 3º, da Constituição, revelam que há espaço e oportunidade para o cabimento de mandados de injunção.

Mesmo que todos os dispositivos constitucionais a demandarem integração normativa venham a ser regulamentados, é provável que não desapareça a pertinência de mandados de injunção. Seja para

³ *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 315.

⁴ *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 130-132.

⁵ Referência extraída de ROSA, André Vicente Pires. *Las omisiones legislativas y su control constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 310.

⁶ Rel. Min. Celso de Mello. Havia sido deferida liminar na ADI em 04/09/1997 e, no julgamento de 27/06/2001, a ADI foi tida por prejudicada em razão da denúncia do decreto que havia promulgado a Convenção 158 da OIT. (ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito. A perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 75-77.)

possibilitar o exercício *efetivo* do direito constitucional, que talvez já esteja regulamentado num primeiro e mais genérico nível (normalmente o da lei), mas ainda careça de uma regulamentação mais específica (normalmente no âmbito do regulamento) – um mandado de injunção para colmatar lacunas “de segundo grau”.⁷ Seja para denunciar a inadequação da regulamentação existente a outras, quiçá novas, configurações da realidade, que revelam a frustração do exercício de direitos constitucionais apesar da presença de normas (obsoletas) – um mandado de injunção de atualização normativa.⁸ Nesse passo, a utilidade do mandado de injunção tende a renovar-se, com o que uma disciplina legal para o instituto é sempre necessária.

Na prática, numerosos foram os mandados de injunção impetrados junto ao Supremo Tribunal Federal nos primeiros tempos, e continua a interposição, sendo surpreendente o número de mandados de injunção ajuizados atualmente. Aponta GILMAR FERREIRA MENDES: “Em 1990 e 1991 o STF julgou 203 Mis (dados do BNDPJ). Até 16-8-2006 o STF autou 738 Mis (dados da Secretaria Judiciária).”⁹ Dados do Supremo Tribunal Federal mostram que, em 2007, foram protocolados 52 mandados de injunção e distribuídos 48; em 2008, protocolados 136 e distribuídos 135; em 2009 (até o início de dezembro), protocolados 1.264 e distribuídos 1.257!¹⁰

Portanto, o mandado de injunção ainda é importante.

O mandado de injunção precisa de lei?

Uma das mais ridículas discussões que se pretendeu travar a respeito do mandado de injunção, logo que a Constituição de 1988 veio a lume, foi sobre a autoaplicabilidade do art. 5º, LXXI. Para poder manejar a nova ação, seria preciso uma lei processual que dissesse como e para que fazê-lo? As informações dadas pela Constituição não seriam suficientes? Teria cabimento sustentar que o instituto criado justamente para conferir eficácia plena e aplicabilidade imediata a normas constitucionais veiculadoras de direitos fosse, ele próprio, destituído de autoaplicabilidade, de modo que, para viabilizá-lo ante a ausência de norma regulamentadora, seria necessário interpor um... mandado de injunção?!

Considereei despropositada e, a depender de quem a sustentasse, mal-intencionada a tese, destinada a manter o mandado de injunção desativado pelo maior tempo possível. Felizmente, o Supremo Tribunal Federal logo respondeu que o mandado de injunção é “auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber” (Questão de Ordem no Mandado de Injunção 107-3/DF, relator Min. Moreira Alves, julgada em 23/11/1989, sobre a

⁷ ROTHENBURG, 2005, p. 65-68.

⁸ Apesar da advertência de ANDRÉ RAMOS TAVARES, baseada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “Não se admite o mandado quando se pretende apenas que haja uma nova legislação para fins de modificar aquela já existente, ainda que esta seja incongruente com a Constituição.” (*Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 880).

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.207, rodapé.

¹⁰ <<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>>, consulta em 01/12/2009.

transferência do servidor militar para a inatividade, prevista no art. 42, § 9º, do texto original da Constituição de 1988¹¹). Na acertada percepção do Professor CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, “[d]efiniu o Judiciário, porém, que um meio criado precisamente para a defesa de direitos dependentes de norma regulamentadora não poderia ficar paralisado diante da falta de norma de integração”.¹²

A previsão de uma ação no próprio capítulo “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, para possibilitar a eficácia plena de direitos constitucionais ante a ausência de norma regulamentadora, tem uma dupla relação com o disposto no parágrafo primeiro do art. 5º da Constituição, segundo o qual “[a]s normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Por um lado, o mandado de injunção serve para proporcionar judicialmente essa eficácia plena e aplicabilidade imediata, sendo, pois, um veículo. Por outro lado, o próprio mandado de injunção beneficia-se dessa autoaplicabilidade, sendo, pois, objeto da norma do art. 5º, § 1º.

Ora, se a eficácia plena e aplicabilidade imediata da norma instituidora do mandado de injunção decorre da própria Constituição, não há absoluta necessidade de regulamentação. É possível extrair da Constituição as principais informações a propósito do mandado de injunção: que tem por finalidade viabilizar imediatamente “o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”, sendo esse complexo de direitos o seu campo de incidência; que tem por sujeitos ativos, no mínimo, os titulares de tais direitos; que está na competência expressa dos órgãos judiciais indicados na Constituição (Supremo Tribunal Federal: art. 102, I, “q”, e II, “a”; Superior Tribunal de Justiça: art. 105, I, “h”; Justiça Eleitoral: art. 121, § 4º, V), sem prejuízo da competência dos demais.

Sob o prisma procedimental, também não há dificuldades de monta, pois é quase intuitiva a adoção do rito do mandado de segurança, quando certos e demonstráveis desde logo os fatos sobre os quais se assenta o pedido, tendo sido essa a conclusão da doutrina¹³, da jurisprudência (veja-se, no Supremo Tribunal Federal, o já referido Mandado de Injunção 107-3/DF) e da legislação (a Lei 8.038/1990, que “[i]nstitui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal”, dispõe, no art. 24, parágrafo único, que, “[n]o mandado de injunção e no *habeas data*, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”). Se os pressupostos de liquidez e certeza não estiverem presentes, restará a via comum do procedimento comum ordinário (Código de Processo Civil, art. e seguintes).

Contudo, dadas a importância e as peculiaridades do mandado de injunção, um procedimento judicial específico, conquanto não estritamente necessário, é altamente pertinente e oportuno.¹⁴ Além

¹¹ “A lei disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade.” O dispositivo foi suprimido posteriormente.

¹² *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 365.

¹³ CLÈVE, 2000, p. 365.

¹⁴ ROSA, 2006, p. 325.

disso, a disciplina legal do instituto supera as incertezas, polêmicas e recalcitrâncias que, mesmo quando infundadas, acompanham o instituto.

Portanto, embora não seja rigorosamente necessária uma lei para a aplicação do mandado de injunção, a disciplina legal é bastante conveniente para facilitar, uniformizar e potencializar o manejo dessa ação constitucional, além de ser muito oportuna em face do amadurecimento do instituto e do número significativo de mandados de injunção ajuizados.

Um núcleo comum para o tratamento da omissão inconstitucional

Percebido mais nitidamente a partir da sociedade industrial e de Estados intervencionistas, com suas Constituições extensas e de pendor programático, o fenômeno da omissão inconstitucional desafia tratamento jurídico e não apenas político. As diferentes modalidades de reconhecimento e superação judicial dessa omissão possuem origem e preocupação em comum, motivo pelo qual se estabelecem interconexões que recomendam uma interpretação sistemática dos institutos concernentes.

É o que ocorre, no contexto da Constituição brasileira de 1988, com a resposta jurídica à omissão inconstitucional. Por causa do figurino específico e complexo de nossa gramática de controle de constitucionalidade, também a inconstitucionalidade por omissão conjuga-se tanto na forma objetiva (abstrata) e concentrada, quanto na forma subjetiva (concreta) e difusa. Para aquela, é prevista uma variante da tradicional ação direta de inconstitucionalidade: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). Para esta, o remédio específico do mandado de injunção, que substitui ou completa institutos tradicionais como o mandado de segurança. Entretanto, ambas as modalidades de combate à omissão inconstitucional possuem aspectos assemelhados e sugerem um tratamento jurídico parcialmente comum.

Contudo, uma das primeiras e mais destacadas aproximações que se tentou estabelecer entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção foi indevida. O equívoco residiu, a meu ver, não na perspectiva de vislumbrar semelhanças e extrair consequências equivalentes, mas na opção de adotar, como referência para o contato, o aspecto mais anódino dos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para estendê-lo ao mandado de injunção. Tratava-se de afirmar que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão seria a mais avançada reação à omissão inconstitucional (no atacado) e que mesmo ela permitiria apenas, em caso de procedência, dar “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias” (Constituição, art. 103, § 2º). Ao mandado de injunção, vocacionado somente para reagir à lesão de direitos constitucionais em concreto (no varejo), não seria dado ir além dessas consequências.¹⁵

Essa interpretação tornava o mandado de injunção inócuo, pois: a) atribuía a dois institutos (ele e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão) os mesmos efeitos; b) esses efeitos eram muito tímidos, quase ineficazes do ponto de vista jurídico; c) enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tinha alguma envergadura “política”, por representar uma censura “em tese” do Supremo

¹⁵ FERREIRA Filho, 1999, p. 315-316.

Tribunal Federal ao Congresso Nacional e às altas autoridades administrativas (especialmente o Presidente da República), o mandado de injunção poderia não ter tal envergadura, se tratasse de uma questão mais específica (menos abrangente) e/ou fosse julgado por outro órgão judiciário.

Lastimavelmente, foi essa a orientação inicialmente seguida pelo Supremo Tribunal Federal (Mandado de Injunção 107-3/DF).

Sustento que a aproximação era cabível, sim, mas em sentido inverso: do mandado de injunção para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ou melhor, com a atribuição de efeitos mais incisivos de combate à omissão inconstitucional a ambas as modalidades. O mandado de injunção presta-se a remover obstáculos e viabilizar a realização do direito constitucional reivindicado em concreto, a despeito da falta de regulamentação, assim como também por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão seria possível superar a ausência de norma ou de atividade administrativa concreta.

Dois aspectos do texto do dispositivo constitucional referente à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) amparam essa interpretação: (i) a afirmação de que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade por omissão, dará ciência ao Poder competente “para a adoção das *providências necessárias*”, com o que o Supremo Tribunal pode determinar o modo de superação da omissão inconstitucional e não apenas comunicar o órgão omissor; ii) a alusão genérica ao “*Poder competente* para a adoção das *providências necessárias*”, sem vinculação necessária entre o órgão responsável pela omissão e aquele que recebe do Supremo a incumbência de sanar a omissão.¹⁶ Assim, uma omissão do Legislativo federal poderia redundar numa comunicação/atribuição ao Legislativo estadual, por exemplo, como também poderia o próprio Supremo Tribunal Federal estabelecer, ainda que provisoriamente, as condições, digamos, para a criação de novos Municípios, ante a resistência do Congresso em editar a lei complementar requerida pelo art. 18, § 4º, da Constituição.¹⁷

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem evoluindo para dar maior efetividade tanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, quanto ao mandado de injunção. Naquela, para ilustrar, chegou-se a fixar prazo para que o Legislativo editasse a regulamentação faltante, indo-se além da mera ciência e faltando pouco para que o próprio Supremo Tribunal Federal dispusesse a respeito da concretização do direito invocado, enquanto não houvesse a regulamentação legislativa.¹⁸ No mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal chegou a estabelecer qual o regime jurídico a ser aplicado, a fim de fornecer condições de realização efetiva do direito invocado, apesar da falta de norma regulamentadora.¹⁹

¹⁶ ROTHENBURG, 2005, p. 90.

¹⁷ A falta de lei complementar foi reconhecida nas ADI 2.240/BA (rel. Min. Eros Grau, 09/05/2007), ADI 3.316/MT, ADI 3.489/SC e ADI 3.689/PA (esta em 10/09/2007).

¹⁸ ADI 3.682/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, 09/05/2007 (sobre a falta de lei complementar prevista no art. 18, § 4º, da Constituição).

¹⁹ Mandados de Injunção 670, 708 e 712, sobre o direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII, da Constituição), em que o STF determinou a aplicação da Lei 7.783/1989 (que “[d]ispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”).

Desse modo, inverteu-se a direção da aproximação entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, no sentido da efetividade.

Comentários ao Projeto de Lei nº 6.128/2009 – por artigo

O Projeto de Lei nº 6.128/2009 traz em sua ementa precisamente o objeto de que trata: “Disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo e dá outras providências.” Ele atende à técnica legislativa, de acordo com a Lei Complementar 95/1998, “sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal” (art. 5º).

Esse objeto é reproduzido no art. 1º do Projeto, de acordo com o art. 7º da Lei Complementar 95. A crítica que faço aqui não é somente ao Projeto, mas à própria Lei Complementar: temos logo de início uma redundância, pois o objeto da lei (o tema de que trata) consta da ementa e, logo em seguida, também do art. 1º, quando bastava a primeira referência, não?

O art. 2º do Projeto reproduz literalmente o inciso LXXI do art. 5º da Constituição, com a única diferença de que o texto do Projeto precisa que a falta de norma regulamentadora a ensejar o mandado de injunção pode ser total ou parcial. Não há nada de errado em se especificar o que a doutrina apontava: que a omissão a ser combatida pelo mandado de injunção pode ser total ou apenas parcial, embora haja certo consenso a respeito disso e a formulação abrangente contida na Constituição (que fala genericamente em falta) parece-me suficiente.

Ocorre que esse art. 2º ainda trata da definição do mandado de injunção, que, segundo o art. 7º da Lei Complementar 75, deveria ser conteúdo do artigo primeiro de uma lei: “O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação...”. Então, seja pela redundância (por repetir o texto da Constituição), seja pela topografia (deveria fazer parte do art. 1º), esse art. 2º é despendioso.

Também não há equívoco na explicação contida no parágrafo único do art. 2º do Projeto, de que parcial é “a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente”. Salvo, talvez, a indução a que se compreenda a falta como sendo do Legislativo, por causa da expressão “órgão legislador competente”, pois a omissão pode provir de outro Poder ou órgão (aquele que tem competência para editar a norma regulamentadora). O que me parece é alguma obviedade na explicação, que soa desnecessária.

O Projeto nº 6.128/2009 poderia muito bem, portanto, começar pelo art. 3º, que aponta os sujeitos ativos e passivos, autores e réus, ou, como prefere o Projeto, impetrantes e impetrados da ação de mandado de injunção: aqueles, os indivíduos (o texto fala em “pessoas naturais”) ou pessoas jurídicas “que se afirmam titulares dos direitos, liberdades ou prerrogativas referidos no art. 2º” (referência que poderia ser substituída por “art. 5º, LXXI, da Constituição da República”, caso o art. 2º do Projeto fosse suprimido, por ser desnecessário); estes, “o Poder, órgão ou autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora”.

Perceba-se que o autor do Projeto andou bem ao generalizar o impetrado, que também pode ser ou pessoa jurídica ou indivíduo (pessoa física), sem excluir a possibilidade de litisconsórcio. Todavia, o Projeto preferiu adotar a tese prevalecente, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de

que só cabe mandado de injunção contra órgão público (precisamente aquele que deveria ter editado a norma regulamentadora faltante)²⁰, ao invés de admitir também o particular que deve prestar o direito constitucional invocado²¹; esta opção é mais adequada para possibilitar o exercício efetivo dos direitos constitucionais carentes de aplicação direta e imediata.

O art. 3º do Projeto parece que tem em perspectiva apenas o mandado de injunção individual. Ora, o cabimento de mandado de injunção coletivo é reconhecido e previsto no próprio Projeto (art. 12). Tudo indica que foi uma escolha legislativa tratar separadamente as modalidades. Tendo em vista os diversos aspectos comuns e uma distinção sobretudo quanto à legitimação ativa (por conta do modo de articulação dos direitos envolvidos), acho preferível o tratamento conjunto, em que o art. 3º fosse dividido – algo do tipo “Estão legitimados para o mandado de injunção: I – como impetrante: a) (sobre o mandado de injunção individual); b) (sobre o mandado de injunção coletivo); II – como impetrado: ...”.

O art. 4º, quanto à petição inicial, determina, com acerto, que ela indique, “além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que este integra ou à qual se acha vinculado”. Dispositivo semelhante consta do art. 6º da Lei 12.016/2009 (a nova lei do mandado de segurança), que dispõe sobre a petição inicial: “indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições”.

Ligeira incoerência verifica-se na expressão utilizada: “órgão impetrado” dá a impressão de que se trata de indivíduo (que, rigorosamente, não deixa de ser órgão da “pessoa jurídica que este integra ou à qual se acha vinculado”); porém, no artigo anterior (art. 3º), há uma distinção entre Poder, órgão e autoridade, que sugere ser esta (autoridade) a expressão para indivíduo (pessoa física). Para uniformizar, talvez fosse o caso de o art. 4º retomar a dicção do art. 3º e dizer que, além da autoridade ou órgão impetrado, quando for o caso, também deve ser indicada a pessoa jurídica à qual se integra ou se acha vinculado ou da qual exerce atribuições, conforme o modelo da Lei 12.016.

O parágrafo primeiro do art. 4º está em sintonia com a contemporaneidade do meio eletrônico, que é tomado como o modo usual (“Quando não for transmitida por meio eletrônico, a petição inicial...”). Essa é a tendência do processo em geral, de que dão mostra as Leis 11.280 e 11.419, ambas de 2006. O apontamento que faço diz respeito ao número de vias que tem de acompanhar a inicial: já que, além do(s) impetrado(s), também deve ser indicada “a pessoa jurídica que este integra ou à qual se acha vinculado”, então uma via a mais haveria de ser exigida.

Oportuno o dispositivo do parágrafo segundo do art. 4º, que garante o acesso a “documento necessário à prova do alegado [que] se encontre em repartição ou estabelecimento público, em poder de autoridade ou de terceiro”, caso haja “recusa em fornecê-lo”: “será ordenada, a pedido do impetrante, a sua exibição no prazo de 10 (dez) dias”. Seguiu-se a linha das leis da ação popular (Lei 4.717/1965, art. 1º, §§ 4º a 7º) e da ação civil pública (Lei 7.347/1985, art. 8º e 10).

²⁰ Mandado de Injunção 284/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 22/11/1991.

²¹ QUARESMA, Regina. Artigo 5º, inciso LXXI. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. (Coord.) *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 280.

Seguem-se dispositivos de natureza processual e então determina o art. 7º, com acerto, a oitiva do Ministério Público em dez dias, após o que “os autos serão conclusos para decisão” com ou sem parecer. Interessante a garantia de celeridade processual ante a demora do Ministério Público, que pode conduzir à prescindibilidade de sua manifestação. Existe, porém, uma dificuldade prática: como é assegurada ao Ministério Público a intimação pessoal, normalmente com a remessa física dos autos, o descumprimento do prazo pode acarretar a requisição judicial dos autos (que então poderão, mas dificilmente irão, ser devolvidos sem manifestação) e a responsabilização do membro do Ministério Público, mas dificilmente os autos chegarão a ser conclusos para decisão sem tal manifestação.

Se o Ministério Público for o próprio proponente do mandado de injunção (coletivo: art. 12, I, do Projeto), creio que não se deva conferir-lhe oportunidade de manifestação depois do “prazo para apresentação das informações”.

O que se consegue com o mandado de injunção afinal? Essa importante resposta é dada pelo art. 8º do Projeto, que trata do conteúdo do provimento judicial. Novamente aqui a expressão empregada (“mora legislativa”) induz a que se pense no Legislativo e na falta de lei, mas se sabe que a omissão normativa pode advir da falta ou insuficiência de normas regulamentadoras em geral (da competência de outros Poderes e órgãos inclusive). Enfim, duas são as possibilidades básicas de injunção judicial: a) “determinar prazo razoável para que o impetrante promova a edição da norma regulamentadora”; b) “estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, liberdades ou prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado”.

A primeira possibilidade (determinação para que se edite a norma regulamentadora) configura uma ordem judicial e revela a natureza predominantemente mandamental da ação (melhor: do pedido; melhor ainda: da decisão). Identifica-se, no ponto, o mandado de injunção com a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. O Projeto consagra a primeira leitura que o Supremo Tribunal Federal fez do alcance do mandado de injunção. Há um profundo respeito ao princípio da separação de Poderes, em que o Judiciário restringe-se a censurar o órgão omissor, sem a pretensão de substituí-lo. Desde o início, no entanto, advertiu-se que o reconhecimento judicial da omissão normativa não era desprovido de consequências jurídicas, como a possibilidade de, com a certidão judicial de mora, buscar indenização ou a responsabilização da autoridade desidiosa.

Essa determinação de editar a regulamentação no prazo fixado não deve ser inócua nem reiterada (protelatória), tanto que o parágrafo único do art. 8º prevê a dispensa, “quando comprovado que o impetrado deixou de atender ao prazo estabelecido... em anterior mandado de injunção”. Percebe-se aqui a consagração legislativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No caso do art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que oferece uma “reparação de natureza econômica” “[a]os cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica” que indica, mas condiciona a concessão a uma “lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição” (5 de outubro de 1988), o Supremo, em um primeiro mandado de

injunção²², ao deferi-lo (20 de março de 1991), declarou a mora legislativa do Congresso Nacional e do Presidente da República, bem como assinou “o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada”. Na ocasião, contudo, o Supremo Tribunal Federal assentou que “é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito”.

Em um segundo mandado de injunção²³, decidiu o Supremo, em 22 de novembro de 1991, que, tendo em vista que o Congresso “absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se *prescindível* nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, *desde logo*, a possibilidade de ajuizarem, *imediatamente*, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório”.

A segunda possibilidade (estabelecimento das condições para o exercício dos direitos reclamados, no que já se incluem as condições para o exercício de ação própria) configura uma intervenção mais acentuada do Judiciário, numa (re)configuração mais complexa e apropriada do relacionamento entre os Poderes. Abre-se espaço para a invenção judicial, para o ativismo judicial saudável, pois, como aponta ANDRÉ VICENTE PIRES ROSA, “o constituinte brasileiro pareceu acreditar que os juízes – em particular os juízes do Supremo Tribunal Federal, como veremos – poderiam ajudar na realização do projeto constitucional”.²⁴ O órgão judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, pode estabelecer as condições para o exercício pontual (quando a situação for individual ou de contornos mais específicos) e até para a regulamentação geral da situação, com decisões de caráter aditivo.

Para tanto, pode o Judiciário valer-se de parâmetros construídos pelo próprio Legislativo ou outro órgão omissor (como se verificou, quanto ao direito de greve dos servidores públicos, com a adoção da legislação relativa à iniciativa privada), com o que parte da legitimidade é tirada do órgão originariamente competente para editar a regulamentação; ou pode o Judiciário eliminar obstáculos (como quando o Supremo Tribunal Federal autorizou pessoa lesada por atos secretos da ditadura militar a buscar diretamente perante o juízo competente uma indenização devida, enquanto não fosse editada a lei demandada pela Constituição) ou até construir, ele mesmo, os parâmetros necessários para o exercício imediato dos direitos reivindicados (como seria se o Supremo Tribunal Federal dissesse que, para a proteção da relação de emprego “contra despedida arbitrária ou sem justa causa” e na ausência da lei complementar requerida pelo art. 7º, I, da Constituição, a indenização compensatória deveria ser proporcional ao tempo no emprego, e o Supremo Tribunal também estabelecesse outros direitos, tais como a discussão da possibilidade de demissões por comissões, a apresentação de projetos de recolocação no mercado de trabalho e de requalificação profissional etc.).

²² MI 283-5/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

²³ MI 284/DF, rel. Min. Marco Aurélio.

²⁴ 2006, p. 321.

Fez bem o autor do Projeto nº 6.128/2009 em não estabelecer de antemão um prazo fixo. O mandado de injunção é uma ferramenta judicial vocacionada à solução de situações que podem ser específicas e demandar uma resposta ajustada às peculiaridades, com o que o Judiciário deve poder avaliar os casos e, nessa medida, estipular um “prazo razoável”.

Nessa linha vêm os dispositivos que tratam dos efeitos da decisão do mandado de injunção. O art. 9º principia por dizer o óbvio: que, quanto às pessoas atingidas, “[a] decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes”, e, quanto ao tempo, “produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora”. Note-se, contudo, que as partes podem estar em substituição processual e representar um número significativo de gente; e a norma regulamentadora pode demorar ou até nem vir a ser editada.

O parágrafo primeiro do art. 9º prevê a possibilidade de extensão da eficácia subjetiva da decisão, “*ultra partes* ou *erga omnes*, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração”. É importante que o órgão judicial competente para decidir possa modular a eficácia subjetiva da decisão, quando tal calibragem revele-se necessária ou adequada. É o caso, por exemplo, de outras situações idênticas ou muito semelhantes, que envolvam outros grupos ou categorias de pessoas, ou outros entes da federação, ou outros órgãos públicos. Do ponto de vista da Administração Pública, a exigência de um mesmo tratamento decorre ainda do princípio constitucional da impessoalidade (Constituição, art. 37).

O parágrafo segundo ousa atribuir essa possibilidade de ampliação dos afetados pela decisão do mandado de injunção ao próprio relator, a quem incumbirá, além da avaliação quanto à conveniência e oportunidade da extensão, a avaliação prévia da semelhança de casos (“casos análogos”). Concordo com tal mecanismo de objetividade e rapidez processual, mas reconheço que se trata de um poder a ser utilizado com rigor e fiscalizado com atenção.

O dispositivo sobre a modulação da eficácia subjetiva da decisão tem especial pertinência ao mandado de injunção coletivo, por isso justifica a previsão única dessa possibilidade (comum ao mandado de injunção individual e coletivo) num mesmo dispositivo e recomenda que seja deslocada a referência ao mandado de injunção coletivo, do art. 12 (que desapareceria) para o atual art. 3º do Projeto (que deveria passar a ser o art. 1º). Ademais, não é recomendável que se disciplinem os efeitos da decisão (art. 9º) antes da legitimação ativa (art. 12, sobre o mandado de injunção coletivo).

O terceiro parágrafo do art. 9º autoriza a repositura da ação, quando o pedido tiver sido indeferido por insuficiência de prova, desde que a “renovação da impetração [esteja] fundada em outros elementos probatórios”. Segue-se, uma vez mais, a linha da ação popular (Lei 4.717/1965, art. 18) e da ação civil pública (Lei 7.347/1985, art. 16).

Sendo embora desnecessária, é positiva a lembrança, contida no art. 10 do Projeto, de que “a decisão poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito”. No geral, toda vez que o quadro fático alterar-se significativamente, será possível postular, e será novo pedido (nova ação), pois cada ação judicial é relativa a suas circunstâncias. A possibilidade de revisão que o dispositivo propõe é interessante porque permite aproveitar o processo anterior de mandado de injunção e ajustar apenas a decisão, sem necessidade de propositura de outra ação. Tal possibilidade calha bem quando a decisão, para resolver a

não-realização de direito constitucional em concreto, precisa oferecer uma *regulamentação*, ainda que parcial e provisória, desse direito.

Quem pode suscitar essa revisão (“interessado”) é aquele que demonstre ser atingido com relevância pelos efeitos da decisão, e não apenas o impetrante; por exemplo, o impetrado ou outro órgão público e, na hipótese de mandado de injunção coletivo, diversos outros sujeitos...

O art. 11 leva em conta a edição da norma regulamentadora faltante. A) Se a edição for posterior à decisão transitada em julgado, a situação passará a ser disciplinada pela norma regulamentadora (*ex nunc*), desde que o conteúdo desta seja mais benéfico ou semelhante ao da decisão, pois, num quadro de equivalências, a preferência para a regulamentação deve ser dada ao órgão originariamente incumbido pela Constituição para editar a norma faltante (princípio da separação de Poderes). B) Entretanto, se a aplicação da norma regulamentadora for mais favorável do que a decisão do mandado de injunção, então determina o Projeto que aquela retroagirá. C) A edição da norma regulamentadora antes da decisão do mandado de injunção prejudica a impetração e “o processo será extinto sem resolução de mérito”. Neste caso, faltou prever o que ocorre se houver sido deferida liminar (antecipação de tutela); penso que, como a edição da norma regulamentadora opera seus efeitos, usualmente, daí em diante (*ex nunc*), devam ser mantidos os efeitos decorrentes do provimento judicial provisório, a menos que a aplicação da norma seja mais favorável.

Por outro lado, acho que nem sempre se deve permitir que retroajam os efeitos da norma regulamentadora mais benéfica, sobretudo quando decorrido certo tempo entre a decisão definitiva do mandado de injunção e a edição da norma, pois esta tende a oferecer um tratamento genérico e mais amplo (isonômico), e sua extensão para além do previsto pode implicar maior favorecimento àqueles que já se haviam beneficiado da decisão do mandado de injunção, acentuando-se a diferença para com os demais, que somente com a edição da norma passaram a usufruir da suposta vantagem. Sob a perspectiva da separação de Poderes, contudo, como afirmei, o art. 11 respeita a opção do titular da competência normativa originária, ainda quando exercitada tardiamente (após a propositura ou decisão do mandado de injunção).

O Projeto nº 6.128/2009 deixa para o final a disciplina das particularidades do mandado de injunção coletivo. Acredito que essas particularidades não justificam uma disciplina destacada e podem ser mais adequadamente tratadas nos outros dispositivos do Projeto, junto ou ao lado das disposições do mandado de injunção em geral.

Atribui-se a legitimação ativa do mandado de injunção ao Ministério Público, a partido político e a organização sindical, entidade de classe ou associação.

Quanto ao Ministério Público, o Projeto andou muito bem ao precisar que a legitimação decorre não apenas da natureza do bem defendido (ordem jurídica, regime democrático e interesses sociais ou individuais disponíveis, em reprodução do art. 127 da Constituição), mas ainda da especial *relevância* da tutela requerida. A titularidade do Ministério Público para o mandado de injunção já é prevista no art. 6º, VIII, da Lei Complementar 75/1993, “sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União”.

Para propor mandado de injunção, o partido político deverá ter representação no Congresso Nacional e visar “assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária”. O requisito formal da representação deve ser aferido “no momento da propositura da ação e... a perda superveniente de representação do partido político no Congresso Nacional não o desqualifica como legitimado ativo para a ação”, segundo a alteração de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante à ação direta de inconstitucionalidade (e às demais ações de controle objetivo e concentrado de constitucionalidade).²⁵ O requisito material do conteúdo do direito em questão apresenta a dupla possibilidade de defesa de interesses específicos dos filiados ou de interesses mais amplos “relacionados com a finalidade partidária” e que podem traduzir interesses sociais e públicos.

As organizações sociais, entidades de classe ou associações, para interpirem mandado de injunção coletivo, precisam estar legalmente constituídas “e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano”. A preocupação com a seriedade e estabilidade desses entes poderia, contudo, ser mitigada, nos moldes do art. 82, § 1º, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e do art. 5º, § 4º, da Lei 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública): “O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.”. A especificação dos direitos tuteláveis e sua extensão (“para assegurar o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial”) são disposições desnecessárias, tendo em vista que o Código de Defesa do Consumidor, no plano legislativo, bem como a doutrina e a jurisprudência, já definiram tais aspectos.

A mesma crítica vale para o parágrafo único do art. 12, que alude aos “interesses” difusos e coletivos, já definidos pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990, art. 81, parágrafo único). A redação do dispositivo parece confundir os “interesses individuais homogêneos”, pois menciona que “[o]s direitos, liberdades e prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria”; indaga se direitos de coletividades determinadas não podem pertencer *distintamente* a pessoas de um grupo, classe ou categoria, ou se os direitos em questão não podem ser simplesmente os “decorrentes de origem comum” (Lei 8.078/1990, art. 81, parágrafo único, III).

Também o art. 13 repete o que já se definiu em geral com relação à tutela de direitos transindividuais: que “a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, grupo, classe ou categoria substituídos pelo impetrante”; veja-se, a propósito, o art. 103 da Lei 8.078/1990. Ao referir que essa limitação do universo subjetivo não impede a aplicação dos “§§ 1º e 2º do art. 9º”, o art. 13 perde utilidade (pois, afinal, “[p]oderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*

²⁵ ADI 2.159 AgR/DF, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 12/08/2004. O entendimento anterior era no sentido de ser preciso ter representação atual no Congresso Nacional: a perda de representação parlamentar descaracterizava a legitimação ativa para prosseguir no processo de ADI (ADI 2.202-DF, ADI 2.465-RJ, ADI 2.723-RJ, rel. Min. Celso de Mello, 27/02/2003).

à decisão”) e sistematicidade (pois tudo poderia ser disciplinado em um mesmo artigo). O parágrafo único do art. 13 é quase idêntico ao art. 104 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

O art. 14 determina a aplicação subsidiária das normas do mandado de segurança (Lei 12.016/2009), ação constitucional específica que guarda semelhanças com o mandado de injunção, como visto; bem como a aplicação subsidiária das normas gerais de processo contidas no Código de Processo Civil. Utiliza-se adequadamente uma formulação clássica para a remissão, em caráter suplementar, à legislação correlata.

Por derradeiro e simbolicamente, o último artigo do Projeto (art. 15) prevê a imediata entrada em vigor da lei, “na data de sua publicação”, tendo o Legislativo aberto mão da eficácia diferida (*vacatio legis*). Não que a lei do mandado de injunção deva ser considerada “de pequena repercussão” (como aquelas para as quais deve ser “reservada a cláusula ‘entra em vigor na data de sua publicação’”, conforme o art. 8º da Lei Complementar 95/1998), mas não convém que a lei disciplinadora do instituto constitucional destinado a conferir autoaplicabilidade a direitos constitucionais carentes de norma regulamentadora, e que virá a ser editada somente mais de vinte e um anos da promulgação da Constituição, ainda precise esperar mais algum tempo.

Uma proposta para ser discutida

Sabe-se lá em que condições de tempo e de quantidade de trabalho o presente Projeto foi elaborado. Ele tem, contudo, o grande mérito de sugerir finalmente (mais uma alternativa de) disciplina para o mandado de injunção, e essa virtude inaugural é imprescindível para que saia a lei de uma vez por todas.

Trata-se de uma disciplina adequada, que incorpora a jurisprudência mais avançada do Supremo Tribunal Federal sobre o instituto e está sintonizada com outras leis relacionadas (como a da ação civil pública, o Código de Defesa do Consumidor e a do mandado de segurança).

Se o Projeto fosse aprovado tal como está, já teríamos uma boa lei para o mandado de injunção. No entanto, é possível colher outras contribuições e aperfeiçoar a proposta. Afinal, o processo legislativo deve ser um espaço democrático por excelência, onde se amplia a “sociedade aberta de intérpretes – oficiais e informais – da Constituição”, na célebre expressão de PETER HÄBERLE.²⁶

Portanto, quanto mais se refletir e se discutir (ainda que com a necessária brevidade) acerca do Projeto de Lei nº 6.128/2009, e quanto melhor souberem ser aproveitadas as contribuições, tanto melhor será a lei do mandado de injunção.

²⁶ *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.