

O PL que regulamenta o Mandado de Injunção – uma iniciativa mais que oportuna

Jorge Hage

Sem dúvida, estamos diante de uma boa notícia. A apresentação de um Projeto de Lei que pretende regulamentar, embora com mais de 20 anos de atraso, um instrumento de garantia processual de direitos da relevância do Mandado de Injunção, merece aplausos efusivos e total apoio da comunidade jurídica, política e acadêmica.

No caso do Mandado de Injunção, a ausência de tal lei – embora não possa ser apontada como causa única – contribuiu para o triste congelamento, por quase 20 anos, de uma das mais importantes e inovadoras promessas dos constituintes de 1988.

Disse agora “por quase 20 anos” e não por mais de 20, exatamente porque, foi em meados de 2007 que o Supremo Tribunal Federal começou a dar os primeiros sinais de “descongelamento” do instrumento de que aqui tratamos, o que confirma que não era exatamente (nem principalmente) por falta de lei específica, que o mesmo se encontrava até então esterilizado e tornado inútil.

Como sabemos todos, é a jurisprudência da Corte Suprema que, no final das contas, acaba por dizer, para o bem ou para o mal, o que era que o constituinte queria dizer. Assim é nas democracias constitucionais modernas e assim foi neste caso. Só que aqui, o foi “para o mal”, isto é, para o atraso, para a denegação de direitos constitucionalmente prometidos, pela negação de eficácia à norma constitucional, durante 19 anos; e somente agora recentemente, a partir de 2007, “para o bem”, para reconhecer-lhe a necessária eficácia, para viabilizar o exercício dos direitos.

Quanto tratei desse tema por primeira vez, há onze anos, em dissertação orientada pelo Professor Gilmar Mendes, na UnB (depois publicada, pela Brasília Jurídica, sob o título “**Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo**”,

em 1999), procedi à análise da jurisprudência do STF em torno da matéria – omissão legislativa e exigibilidade judicial dos direitos constitucionalmente garantidos – em sede de Mandado de Injunção. Procurei então demonstrar que a omissão inconstitucional do legislador podia e devia ser objeto de controle judicial efetivo, sobretudo no caso concreto, quando se tratasse da viabilização do exercício de direito subjetivo constitucionalmente conferido.

A análise crítica da leitura inicial do instituto feita pela Suprema Corte – desde o *leading case*, o **Mandado de Injunção nº 107 (QO)**, relatado pelo Ministro Moreira Alves, em 1989 – revelava, entretanto, o que parecia ser o sepultamento do novel instituto. Teríamos, assim, um caso pouco comum, de instituto constitucional *nati morto*.

Isto porque, segundo assentado pela Corte naquele julgamento, o Mandado de Injunção seria uma ação conferida ao cidadão titular de um direito ou garantia cujo exercício estivesse inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, “**tendo por objetivo obter do Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão, dando-se ao sujeito passivo (Poder ou órgão omissor) ciência disso para que adote ele as providências necessárias**”.

Ora, assim entendido, o Mandado de Injunção confundir-se-ia com a própria Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º), com a única diferença de que poder-se-ia conceder ao impetrante o benefício da suspensão de eventuais processos acaso existentes contra ele. Nada mais.

Parece óbvio ser essa uma leitura totalmente inaceitável do instituto do MI.

Seria absurdo atribuir à Constituição a previsão de duas ações distintas com a mesma finalidade, tendo uma delas o rol de legitimados ativos limitado em *numerus clausus*, enquanto a outra poderia ser manejada por qualquer cidadão. E, ainda pior, ambas incapazes de levar a qualquer solução minimamente satisfatória do direito reclamado.

Ao apreciar, todavia, o teor de cada um dos votos dos ilustres Ministros e os debates travados nos julgamentos que se seguiram, anotei que ali mesmo estavam as sementes de uma evolução que haveria de vir algum dia. (Para

maior detalhamento do ponto, consulte-se meu “**Omissão Constitucional e Direto Subjetivo**”, Brasília Jurídica, 1999).

Mas esse dia demorou quase 20 anos a chegar. Quase duas décadas se passaram para que o Tribunal completasse esse amadurecimento.

Seja como for, já agora em 2007, quando do julgamento conjunto de **3 MI** – identificados pelos números **670, 708 e 712** –, ou, como alguns preferem, na decisão no **MI 721**, essa evolução se completou de modo bastante interessante, sem embargo de alguns pontos que ainda permaneceram nebulosos, parte dos quais o Projeto de Lei do Deputado Dino procura solucionar .

Desse modo, a Corte, em julgamento ocorrido no mês de outubro de 2007, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar **limitada à declaração da existência da mora legislativa**, passou a aceitar a possibilidade de uma **regulação provisória pelo próprio Judiciário, conferindo o próprio direito ao impetrante (direta ou indiretamente)**.

Registrou-se, na oportunidade, que ante o quadro de omissão que se desenhou, não obstante sucessivas decisões, dever-se-ia adotar, “**como alternativa provisória, para esse impasse, a linha de uma moderada sentença de perfil aditivo**”.

Esses foram julgados emblemáticos da nova fase do Mandado de Injunção no direito constitucional brasileiro, que vão ajudar a dar vida a muitos dos direitos subjetivos conferidos pela Carta Política, e até aqui paralisados pela mora legislativa e pela esterilização judicial do instituto concebido para superá-la.

Para isso muito contribuiu, por certo, a nova composição do Colegiado. Novos integrantes vieram somar-se aos remanescentes da antiga “minoria “, e passaram a compor a nova maioria, que acabou por consagrar o que se poderia denominar de uma nova fase no Mandado de Injunção brasileiro.

Se os avanços de 2007 foram indiscutíveis, algumas dúvidas e pontos obscuros ainda persistiram. E vejo que o **PL n.6.128/2009** propõe-se a resolver boa parte deles.

No primeiro daqueles julgamentos, o MI 721 (em 30.08.2007) relatado pelo Min. Marco Aurélio, o Tribunal assentou o direito da postulante (servidora do M. da Saúde) à aposentadoria especial de que cogita o § 4º do art. 40 da CF, adotando-se o sistema do regime geral da previdência previsto para o trabalho insalubre (lei 8.213, art. 57). Ao fazê-lo, o Tribunal disse estar proferindo uma decisão de caráter “mandamental”, para diferenciá-la das decisões anteriores, que seriam meramente “declaratórias”.

Estabeleceu também, nessa ocasião, que seus efeitos atingiriam apenas as partes, por se tratar de processo subjetivo, mesma orientação que viria a repetir-se no julgamento do MI 758, em 01.07.2008.

Embora a decisão do MI 721 conste como “unânime”, colhe-se do voto-vista do Min. Eros Grau, sua discordância quanto a este último aspecto – o alcance subjetivo dos efeitos da decisão. Para ele, haveriam eles de estender-se à totalidade dos casos que contivessem os mesmos elementos objetivos. Isso significaria que o Judiciário, ao decidir em sede de MI, formularia tanto a norma do caso concreto como também a norma geral. E comparou a situação, nesse aspecto, ao que ocorre com a edição de uma Súmula Vinculante pela Corte.

No intervalo entre esses dois julgamentos (no dia 25.10.2007), o STF concluiu o julgamento conjunto dos outros três MI acima referidos – de números 670, 708 e 712, os dois primeiros da Relatoria do Min. Gilmar Mendes e o último do Min. Eros Grau. E neles, a orientação que prevaleceu não foi a mesma dos outros (o 721 e o 758), especialmente quanto aos limites subjetivos da decisão.

Desta feita, o Tribunal preferiu atribuir-lhe efeitos *erga omnes*, forte nos seguintes fundamentos: a) o Judiciário, embora sem pretender qualquer “protagonismo legislativo”, não pode permanecer em situação que caracteriza uma verdadeira “omissão judicial”; b) as características dos direitos sociais, conferidos no novo Estado Social, à diferença do antigo Estado Liberal, não se satisfazem com a postura de mero “legislador negativo” das Cortes; c) há, porém, que observar critérios, como sejam os da vontade hipotética do legislador e o da solução constitucionalmente obrigatória; d) a partir dos

conceitos de “omissão legislativa parcial” e de “sentenças aditivas” do direito italiano, deve o Supremo adotar, provisoriamente, para as greves no serviço público, as regras aplicáveis no setor privado.

Dito isso, votou ele no sentido de determinar-se a aplicação das Leis 7701/88 e 7783/8 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores civis.

A decisão não foi unânime, seja porque o relator original, já aposentado, Min. Maurício Correa, votara com a antiga orientação, seja porque, três dos atuais ministros – Ricardo Lewandowsky, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio – mantiveram sua posição, limitando os efeitos da decisão às partes do processo (abraçando a chamada “teoria concretista individual”).

Até aquele momento da evolução do instituto, algumas conclusões provisórias já se podiam extrair:

1ª) Sedimentava-se o entendimento de que não podia mais o MI permanecer esterilizado, transformando-se na inutilidade a que o reduzira a Corte entre 1989 e 2007;

2ª) Entretanto, algumas questões de grande relevo permaneciam sem consenso, a começar pela natureza eficaz do provimento; muito se falou de uma pretensa “natureza mandamental”, para contrapor-se à anterior apenas “declaratória”, o que deveria ser festejado como grande avanço; tenho dúvidas sobre essa qualificação; o caráter mandamental, se entendido no sentido de implicar na expedição de uma ordem judicial a ser cumprida (no caso pelo Legislativo), pouco significa, diante das limitações decorrentes da especial qualidade da autoridade a quem se dirige essa ordem – um dos Poderes Constituídos, a quem não se podem aplicar sanções nem fixar prazos de modo útil; dir-se-á que agora há uma “conseqüência concreta”, qual seja, a obtenção da satisfação por uma “forma subsidiária” (conforme posto no próprio pedido, em alguns casos); ocorre que aí já não estamos no campo de satisfação decorrente da “mandamentalidade” em si, e sim do atendimento ao pedido sucessivo ou alternativo, que é de outra natureza, muito mais “constitutiva”, ao adotar e aplicar a norma ao caso concreto, alterando, por força de um provimento jurisdicional (e não por um ato do impetrado), a situação jurídica do

impetrante (ou de todos os que se encontrem em igual situação); se não se quiser classificar tal decisão como “constitutiva”, poder-ser-á denominá-la “sentença aditiva”, como fez o Ministro Relator, mas nunca de “mandamental”, a meu sentir;

3ª) Outro ponto que ainda persistiu carente de maior clareza foi o que cuida de constituir-se o impetrante “direta ou indiretamente”, na situação jurídica desejada; isso porque, no caso dos MI 721 e 758, a própria decisão da Corte já conferiu ao Impetrante o direito (a aposentadoria especial pretendida); já nas demais impetrações, outras ações terão que advir, ocasião em que diferentes juízes ou tribunais julgarão os pedidos à luz do que foi estatuído pelo STF; e aí se põe uma outra questão, qual seja a da competência para processar tais ações;

4ª) Mais um ponto que permaneceu claramente controverso na Corte foi o pertinente aos efeitos do julgamento do ponto de vista subjetivo: nos MI 721 e 758, assentou-se serem os efeitos apenas *inter partes* (“Teoria Concretista Individual”); já no julgamento dos MI nº 670, 708 e 712, a Corte fez a opção pelo que se tem chamado (com duvidosa propriedade) de “concretismo geral”, pois essa decisão terá efeitos *erga omnes*, já que opta pela normatização geral (conquanto provisória) na forma da Lei de Greve dos trabalhadores celetistas; vale notar, ainda, que, a rigor, os efeitos, no primeiro caso, poderiam ser denominados de ***ultra partes***, pois se tratava de MI Coletivo.

De minha parte, entendo que a solução alcunhada de “concretista geral”, ainda quando possa ser mais útil do ponto de vista prático, padece de certa contradição com a original vocação do instituto do MI, tal como concebido Assembleia Constituinte. É que, concebido para coexistir lado a lado com uma ação específica, de processo objetivo, que foi a ADIN por Omissão, fica difícil justificar-se a transformação do MI em outra ação que acabe produzindo os mesmos resultados (se e quando a ADIN por Omissão vier a produzir algum, é claro). E é isso o que acontece quando se dá à decisão no MI efeitos *erga omnes*. Ademais, não se pode obscurecer o fato de que a ADIN tem legitimação ativa pré-fixada em *numerus clausus*. Logo, obter-se o mesmo

resultado com uma ação de legitimação ampla não deixa de representar uma burla ao sistema desenhado na Carta.

Não questiono aqui a tendência (visível na Corte) à objetivação do controle difuso de constitucionalidade. Nem me move qualquer apego à pureza da “separação de poderes”. Apenas acredito que a existência de uma ação específica, prevista no texto exatamente para levar ao suprimento das omissões Inconstitucionais – aí sim em caráter geral e abstrato – com legitimação restrita, não pode ter que competir com outro instrumento processual, de legitimação aberta e genérica, e que, no final das contas, proporcione tudo aquilo que a ADIn proporcionaria, e até mais.

Curiosamente, no início era o MI que se prenunciava como instrumento inócuo... Agora, é ele que serve até mesmo para suprir a função que a ADIn por Omissão se mostra incapaz de cumprir...

Como é importante observar a evolução da jurisprudência! Como se vê, às vezes as interpretações mudam tanto que até se invertem os pólos da equação!

Bem. Observando os avanços ainda mais recentes da jurisprudência, cabe registrar que o STF parece haver consolidado algumas outras posições.

Uma delas é a de inadmitir provimento liminar ou antecipatório de tutela em sede de MI. Confirmam-se os precedentes: MI 1.714, 701, 692 e 652.

Outra – de notável relevância processual – é a de admitir o julgamento monocrático pelo Relator, com caráter de definitividade, dos MI que objetivem garantir direitos já reconhecidos em julgamentos reiterados, como ocorre, por exemplo, com a aposentadoria especial do art. 40, § 4º da CF. Isso resultou de proposta do Min. Joaquim Barbosa, aprovada em 15.04.09.

Nessa mesma ordem de idéias – que interpreto como a busca de soluções para fazer face aos pedidos repetitivos sem ter que adotar necessariamente a extensão *erga omnes* dos efeitos do provimento – merece destaque a Proposta de Súmula Vinculante (PSV 45), do Min. Gilmar Mendes, para que se enuncie que, “*enquanto pendente a regulamentação do regime diferenciado de aposentação dos servidores públicos, previsto no art. 40, § 4º*

da CF, caberá à Administração Pública aplicar, integrativamente, o art. 57 da Lei 8.213, de 1991, que dispõe sobre os requisitos e condições para obtenção da aposentadoria especial pelos trabalhadores vinculados ao regime geral da previdência social”.

É dentro desse contexto, a meu sentir, que se deve analisar o Projeto de Lei apresentado pelo Dep. Flávio Dino, baseado em proposição elaborada pelos eminentes Ministros Gilmar Mendes e Teori Zavaski, no âmbito do denominado Pacto Republicano por um Judiciário mais Acessível, Ágil e Efetivo.

A par de ser indiscutivelmente oportuno já pelo simples fato de finalmente regulamentar o dispositivo constitucional, o projeto tem reais méritos por seu conteúdo, embora não resolva, por si, todos os problemas e aspectos ainda controvertidos do instituto.

Por um lado, traz inovações próprias e, por outro, consolida, no direito positivo, os principais avanços já conquistados na jurisprudência. Nas condições históricas de um instituto que teve a tormentosa trajetória do MI, creio que não se poderia exigir muito mais que isso do legislador, neste momento.

Seu principal dispositivo é, sem dúvida, o art. 8º, onde o autor propõe uma solução, a meu ver ainda um tanto tímida e contida, para a definição do próprio objeto dessa ação: adota ele uma fórmula conciliatória, que ainda concede uma “prazo razoável” para o legislador, já reconhecido em mora, promover a edição da norma faltante; somente depois disso e caso não o faça o legislador, é que o Judiciário poderá estabelecer, agora ele, as condições para o exercício do direito reclamado, ou se for o caso, as condições para que o interessado promova a ação própria, perante o juízo competente, visando a exercê-lo.

Apenas no caso de já ter sido descumprida, pelo impetrado, decisão proferida em anterior MI, é que será dispensada a primeira fase – a concessão de prazo para o suprimento pelo órgão legislativo.

O art. 9º procura também conciliar as duas tendências opostas existentes no seio do STF a respeito dos limites subjetivos da sentença, conforme

demonstrado linhas acima. Ele estabelece que a decisão, terá, em princípio, eficácia apenas *inter partes*. Poderá, entretanto, tê-la *ultra partes* ou *erga omnes*, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito. Consagra, ainda, a solução já adotada na jurisprudência da Corte, de extensão da decisão aos casos análogos, por decisão monocrática do relator.

Ao lado de tais regras sobre os efeitos da decisão nos MI individuais, o PL institui, porém, em seus arts. 12 e 13, o Mandado de Injunção Coletivo. Este terá como legitimados ativos o Ministério Público, partido político com representação congressional, organização sindical, entidade de classe ou associação constituída há pelo menos um ano. E os direitos veiculáveis por essa via são os pertencentes indistintamente a uma coletividade indeterminada de pessoas ou a determinado grupo, categoria ou classe, sendo que a coisa julgada limitar-se-á a seus integrantes, mas isso sem prejuízo de sua extensão em maior escala a terceiros fora desses limites, por força de interessante remissão feita no art. 13 ao § 1º do art. 9º . De igual modo, outra remissão (agora ao § 2º do art. 9º) assegura a aplicabilidade, ao MI Coletivo, da regra de extensão da decisão por via de decisões monocráticas dos relatores.

No tocante ao regime de litispendência e de coisa julgada, quando da coexistência de impetrações individuais e coletivas, o PL adota o mesmo sistema já consagrado para as ações coletivas em geral, previsto na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

A respeito do caráter definitivo ou provisório das decisões em sede e MI, frente à eventual edição posterior de norma legal, o PL é expresso em afirmar, no seu art. 9º , que a decisão produzirá efeitos apenas até o advento da norma regulamentadora, regra essa complementada no art. 11, por disposição muito oportuna, que deixa claro a caráter *ex nunc* dos efeitos da nova lei em relação aos beneficiados de MI anterior com trânsito em julgado, ressalvada a hipótese de solução legal mais favorável.

Regra inovadora e bem pensada é também aquela contida no art. 10, que possibilita a revisão de decisão de MI, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem mudanças relevantes nas circunstâncias de fato ou de direito. Isso, é claro, sem prejuízo dos efeitos já produzidos. Cuidados deverão

ser observados apenas, a meu ver, quando da aplicação dessa norma, ante a perigosa elasticidade do conceito de “qualquer interessado”.

No mais, o PL traz algumas regras procedimentais que não diferem muito daquelas do Mandado de Segurança, além de determinar a aplicação subsidiária da nova lei do MS (Lei 12.016) e do CPC.

Como se vê, são muitos os méritos do projeto, e nem poderia ser diferente, mercê da qualidade dos seus elaboradores. Algumas dúvidas, obscuridades e lacunas, todavia, ainda permanecerão, segundo penso, se aprovado tal como proposto.

Uma delas diz diretamente com os possíveis órgãos ou autoridades impetrados, ou seja, com os **legitimados passivos na ação de MI**.

Se é certo, por um lado, que o projeto fala, em seu art. 2º, amplamente, em “Poder, órgão ou autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora”, é também notório que, no art. 8º refere-se ele apenas à hipótese de “mora legislativa”.

Isso é de grande importância, até para ajudar no deslinde de outra questão, que se constitui, a meu sentir, numa das maiores obscuridades que até aqui cercaram o instituto, qual seja o **regramento das competências para processá-lo e julgá-lo**.

Como se sabe, muitos são os “mistérios” que envolveram a última redação de alguns dispositivos da Carta de 88, entre eles os que tratam das competências para o MI, como bem observado pelo então Ministro Sepúlveda Pertence, já na apreciação do MI 107, em 1989.

Lembrou então S. Excia que até o texto votado no Segundo Turno da Assembléia Constituinte, prevaleceu “a vocação do Mandado de Injunção para construir a solução do caso singular, viabilizando, para o impetrante, o exercício do direito paralisado, à espera da norma regulamentadora. Ao passo que a ADI por Omissão visava, sim, (...) a induzir a colmatação da lacuna, o Mandado de Injunção foi pensado para construir a solução integradora, no caso concreto”. E salientou que “expressivos dessa destinação eram dois nomes propostos para o instituto (...) ‘mandado de concretização’ ... e ‘mandado de integração’. Só que essa linha sofreu, **na undécima hora do processo constituinte, uma ruptura ainda inexplicada que desde o início me levou à perplexidade: a do sistema de competência, que se alterou na redação final da Constituição**. E registrou, por fim, que o mestre

“Galeno Lacerda chega a pôr em dúvida a legitimidade do processo que chegou a essa alteração”.

O fato é que, com ou sem alterações ilegítimas na redação final da Constituição, o que restou como regra de competência expressa na Carta foram as competências do STF (art.102, I, q) e do STJ (art. 105, I, h). Ocorre, porém que este último dispositivo é suficiente para indicar ao intérprete que existem, sim, outros órgãos competentes, na esfera federal; e, se assim é, por analogia e isonomia, também na esfera das justiças estaduais. Isto sem mencionar o que consta no art. 121, § 4º, V, entre as competências dos TREs, que, ao que tudo indica, parece ter sido um “rastros” esquecido pelos revisores incumbidos da “alteração final”.

Se essa indagação até hoje segue sem resposta satisfatória, não seria este Projeto de Lei a grande oportunidade para dar-lhe solução bem clara?

Acredito que sim e espero que, durante sua tramitação, esse e outros aperfeiçoamentos possam ainda ser introduzidos, de modo a aproveitar-se ao máximo o ensejo aberto pela excelente iniciativa do seu autor e dos seus ilustres inspiradores.