

O MANDADO DE INJUNÇÃO

HÉLIO TORNAGHI*

O Mandado de Injunção é instituto novo no Direito brasileiro. Isso explica as dúvidas e perplexidades que vêm surgindo a seu respeito. Acredito que este despretenso estudo contribuirá para torná-lo mais conhecido. E até mesmo as indagações que este trabalho possa suscitar ou as correções que venha a atrair ajudarão a aperfeiçoar o conhecimento desse novo remédio. Por isso me encorajo a apresentá-lo aos mais doutos, com a declaração de que receberei com prazer e humildade as censuras e as emendas.

Quero deixar consignado que não tive a pretensão de dizer novidade. E, na parte relativa ao Direito inglês e ao americano, segui a lição daqueles que, antes de mim, escreveram sobre o assunto no Brasil ou fora dele.

Em tema tão árduo e penoso, não tenho a presunção de tudo esclarecer; esta pequena obra é feita de luz e de sombra. Talvez até mais de sombra do que de luz. Nem por isso me parece desprezível o pouco de claridade que possa conter se *natura in operationibus suis non facit saltum*, o mesmo não se pode dizer do conhecimento humano, feito de avanços e recuos. Mas é exatamente essa inquietude, esse perpétuo vir a ser, que faz o progresso da ciência. É essa ingente batalha do pensamento contra a ignorância que dá beleza ao esforço para alcançar o brilho da verdade.

Em matéria jurídica, o labor nunca estará terminado. *Ex facto oritur ius*: O Direito nasce dos fatos. As leis avançam por degraus; a realidade é esteira que não pára. As leis imitam os ponteiros do relógio, que pulam de quando em quando; as transformações sociais são ininterruptas. São necessários os mecanismos que adaptem permanentemente o Direito à realidade e amparem os legítimos interesses que a norma legal ainda não traduziu em forma de direitos. Esse tem sido sempre o papel da *equidade social*, que fez a grandeza do Direito Romano e a flexibilidade do Direito inglês. E é esse milagroso remédio que agora se introduz entre nós para a proteção “dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania (popular) e à cidadania”, sempre que a falta de norma regulamentadora lhes torne inviável o exercício (Constituição da República, art. 5º, LXXI). Trata-se de instrumento de proteção e, ao mesmo tempo, de ferramenta forjadora de direitos.

É natural que o juiz brasileiro, acostumado a ser fiel aplicador da lei, se encontre perplexo diante de um texto que o aproxima dos movimentos em prol do “Direito justo” (Stammler), da “Livre investigação” (Geny), do “Direito livre” (Kantorowicz) e de outros semelhantes. A decisão por equidade só lhe parece aceitável nos casos em que a carência de lei anterior lhe permite recorrer a ela.

Em notável ensaio sobre “O significado constitucional das jurisdições de equidade” ⁽¹⁾ lembra Calamandrei a existência de dois sistemas de manifestação do Direito.

O mais comum em nossos dias é o da formulação legislativa, decorrente da separação de poderes. Nele, a função de modelar a norma jurídica pertence ao órgão legislativo, e a de aplicá-la, ao judiciário. É do legislador a tarefa de interrogar a consciência coletiva e de avaliar os interesses; de ordenar os sentimentos, as tendências e as aspirações das quais nasce o Direito de um povo em certo momento de sua história. Neste sistema, a modelagem do Direito não se faz caso por caso, mas em moldes que abstraem das particularidades de cada evento.

Mas pode acontecer que a lei não regule determinado caso. Nessa hipótese, os tribunais voltam ao método primitivo, o juiz formulava a regra que, em seguida, aplicava. É o "sistema da formulação judicial do Direito". Mostra Calamandrei que, em sua pátria, foram até criados órgãos judiciários encarregados de julgar por equidade. Nesse caso, diz o Mestre italiano, "o juiz se põe diretamente em contato com a consciência popular, na qual o Direito flutua no estado de sentimento ainda não fixado em precisas normas racionais. E dessa consciência, da qual ele próprio participa como membro da sociedade, ele retira a inspiração para resolver cada caso, de acordo com princípios que ele não cria mas encontra já existentes". "Nenhum obstáculo se interpõe entre o Direito e o juiz, que se encontra em permanente contato com a viva e fresca realidade social e que, assim, pode sentir-lhe as necessidades e fielmente seguir-lhe a evolução."

Mesmo na "jurisdição legal", o juiz submete o caso concreto à lei, ele o faz segundo o seu modo de interpretar os fatos e o texto legal. O Direito legislado tem apenas uma parte da consciência jurídica: a outra é dada pelo costume e pela jurisprudência. Afinal, a verdade é que direito vivo é o que os tribunais consagram.

Em debate travado no Rio de Janeiro, em 14.12.88, perguntou-me o eminente Min. José Carlos Moreira Alves onde está dito no texto constitucional que o julgamento do pedido de Injunção deve ser feito com base na equidade social. Segundo S. Exa., eu estaria incidindo em petição de princípio ao partir da afirmação daquilo mesmo que eu deveria provar, isto é, que o julgamento do Mandado de Injunção é feito segundo o estilo da equidade social.

Ora, quem sabe o que é a Injunção, tal como a fomos buscar no Direito inglês e no americano, não ignora que ela é um remédio da *Equity*. Se trago para o Brasil uma planta aquática, posso presumir que ela há de ser transplantada para a água, que é o seu ambiente natural. Igualmente, se vem para nossa pátria um remédio do campo da equidade (*equitable relief*), é de supor, sem que isso precise ser demonstrado, que é nessa área que ele deve funcionar. Isso me parece óbvio, e é totalmente desnecessário provar o óbvio. Pode-se partir daí para então tirar todas as naturais conseqüências. Acredito que o insigne jurista, melhor considerando, reconhecerá que não há petição de princípio, porque não se parte daquilo que deve ser provado, mas sim daquilo que é axiomático, evidente por si mesmo, que é da própria natureza do instituto.

Ao trazer para o Direito brasileiro a instituição do júri, foi preciso provar que ele é um tribunal popular? Ao introduzir entre nós o *habeas corpus*, foi necessário demonstrar que se trata de um remédio contra a lesão da liberdade de ir e vir? Será mister apresentar prova de que o *leasing* é um contrato de locação com opção de compra? Os exemplos poderiam ser multiplicados. Igualmente, não é necessário justificar a afirmativa de que a Injunção é um remédio do campo da equidade. Quem

sabe o que é a Injunção e de que modo ela funciona nos países de origem, sabe também que ela é um *relief at equity*, ou seja: que o julgamento do pedido é feito segundo as normas da equidade social.

Outra questão é a de saber se o Poder constituinte fez bem em adotar o Mandado de Injunção; ela entra no terreno da conveniência. Se atentarmos para o motivo que levou a introduzir na Constituição esse remédio, creio que daremos razão ao constituinte. O que se pretendeu foi tornar efetivamente auto-aplicáveis os dispositivos referentes aos direitos e liberdades constitucionais e às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, sem que o pretexto da falta de norma regulamentadora pudesse levar a uma denegação de justiça.

De qualquer modo, o problema da conveniência não se põe ao juiz: esse tem diante de si o preceito constitucional. Só lhe resta aplicá-lo.

Origem e natureza do mandado de injunção

Parece acertado afirmar que o Mandado de Injunção surgiu no Direito brasileiro pela mesma razão que provocou na Inglaterra o aparecimento do *Writ of Injunction*.

Aqui, como lá, o sentimento de equidade não tolera a existência de lesão para a qual não haja remédio jurídico. (*Equity does not suffer a wrong to be without a remedy*).

Em excelente trabalho, apresentado a um Seminário reunido no Rio de Janeiro em dezembro/88, o ilustre Prof. Galeno Lacerda afirma que a Injunção brasileira e a *Injunction* anglo-americana têm uma semelhança e uma diferença:

- são semelhantes pelo fato de serem empregadas, “na ausência de norma específica”, pois a *Injunction* se baseia *in equity* e não *in law*;
- diferem uma da outra, porque “a *Injunction* se esgota na imposição de um fazer ou de um não fazer ao requerido”, enquanto que “a Injunção brasileira se alça a direito e garantia fundamental da pessoa, a obter desde logo, através do Poder Judiciário, o suprimento da falta de norma regulamentadora, de modo a lograr o amparo a direitos e liberdades constitucionais e a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, os quais, de outra forma, teriam sua eficácia suspensa à espora de regra geral”.

Como se verá no desenvolvimento deste modesto trabalho, concordo com o eminente Mestre. Dele, porém, me afasto no que toca à sua afirmação de que os constituintes brasileiros se limitaram a tomar de empréstimo o nome (*Injunção - Injunction*) e a área de emprego do instituto (a da falta de norma específica). A mim me parece que o constituinte pátrio transplantou para o Direito Público um instituto que, na Inglaterra e nos Estados Unidos, é empregado na esfera do Direito Privado.

Para bem entender o que é o Mandado de Injunção, convém recordar como ele surgiu e se desenvolveu no Direito inglês.

Tal como acontecia no Direito Romano, em que a *actio* era um pressuposto do direito subjetivo,⁽²⁾ assim também na Inglaterra, o *Common Law* foi uma criação do Direito Processual. Os direitos subjetivos foram ali surgindo de maneira empírica, à

medida em que era criada cada ação judiciária (*remedy*), que garantia determinado interesse. No moderno Direito de tipo continental europeu, o direito subjetivo é um *prius* e a ação um *posterius* (*ubis jus, ibi remedium*); no Direito de tipo inglês, onde não há ação não há direito (*where there is no remedy, there is no right*).

O *Common Law* foi criado mais pelos tribunais, que aplicavam normas costumeiras, do que pelo órgão legislativo. A sentença proferida num caso concreto (*case*) tinha (e tem) força vinculativa (*precedent*) nos casos semelhantes. Depois dela, os juízes têm de manter o decidido (*stare decisis*).⁽³⁾

Anteriormente à promulgação da Magna Carta, o Rei gozava da prerrogativa de exercitar a justiça. Com o tempo, essa prerrogativa passou a ser uma ficção: a justiça ordinária não se fazia *coram ipso Rege*, isto é, perante o próprio Rei, mas, *de facto*, perante os juízes e tribunais, embora *de jure* esses julgassem em nome do Rei. Eles eram os juízes de Sua Majestade (*His Majesty's Justices*). Continuou, entretanto, a existir um poder residual do Rei de julgar ele próprio (*the King's residuary jurisdiction*).⁽⁴⁾ E nada impedia que qualquer dos litigantes se dirigisse diretamente a Sua Majestade.

Os próprios juízes, especialmente os de circuito, juízes itinerantes (*Justices in Eyre*), diversos dos juízes sedentários (*Justices in Bank*), apresentavam suas dúvidas ao Rei, considerado fonte da justiça; ou mesmo lhe reservavam as questões mais delicadas. E o soberano as decidia, ouvindo o conselho dos homens prudentes e avisados.

As decisões do Tribunal de Westminster passaram a não ser definitivas, pois eram passíveis do "recurso" ao Rei. Esse, porém, não exercia pessoalmente a sua jurisdição; ele a transferia a um Conselho Privado (*King's Council*), no qual o Chanceler (*Chancellor*) e seus juízes, que eram clérigos e não juristas, temperavam o *summus jus* pela equidade individual, isto é, pela consideração das circunstâncias de cada caso. Alargando a própria jurisdição, a Corte do Chanceler (*Court of Chancery*) passou a julgar também os casos não regulados no *Common Law*. Fazia-o segundo a *equity*, ou equidade social, que levava o juiz a aplicar a norma que ele próprio formulava.⁽⁵⁾

No reinado de Eduardo, o Confessor, firmou-se a jurisdição de equidade da *Court of Chancery*. A princípio, o Chanceler era o guarda-selo e escrivão-mor (*Clerk*, isto é, clérigo) do Rei. A partir de Thomas Becket (1118 a 1170), essa corte passou a contar com cinco clérigos: o capelão do Rei (*King's chaplain*), que era o guardião da consciência do Rei (*Keeper of the King's conscience*) e do Grande Selo (*Great Seal*). Ele ratificava os atos reais e agia como sumo juiz. Com a abolição do ofício de distribuidor de justiça (*Justiciar*), por Eduardo I, o Chanceler tornou-se a segunda pessoa do Reino. Os atos do Rei só seriam autênticos e dotados de força coercitiva quando "selados" pelo Chanceler. O Grande Selo passou a ser a "chave do Reino" (*Clavis regni*), olhada com supersticiosa reverência por estadistas e homens do Direito. E, repita-se, o Chanceler e seu conselho julgavam por equidade individual levando em consideração as particularidades de cada caso e por equidade social preenchendo as lacunas do *Common Law*, o que faziam aplicando ao caso não disciplinado em lei a norma que eles próprios formulavam.

No reinado de Henrique VI (1422 a 1461), o Chanceler criou o Mandado de Injunção, típico *equitable writ*, isto é, concedido segundo as normas da equidade (*on a basis of equitable considerations*) para aqueles casos para os quais o *Common Law* não oferecia remédio adequado (*those cases in which the Common Law offered no adequate remedy*).

A primeira lei de Organização Judiciária (*Judicature Act*), em 1873, fundiu as jurisdições de *Common Law* e de *Equity*, porém manteve a distinção dos remédios baseados no *Common Law* e daqueles fundados na *Equity*. Entre esses últimos, o mais característico de todos é *Writ of Injunction*, o Mandado de Injunção, agora introduzido no Brasil. Que vem a ser esse Mandado de Injunção?

A origem dos mandados (Writs)

A partir da invasão normanda (1066), aquele que desejasse mover uma ação deveria adquirir uma ordem escrita (daí o nome: *Writ*), mediante pagamento de uma taxa (*fee*). O *writ* (ou breve, pois a língua latina era usada em documentos oficiais) era uma intimação feita, *de jure*, pelo Rei. Isto é: era uma ordem ao réu para praticar (*ad faciendum*) ou para abster-se de realizar (*ad omittendum*) algum ato. Encarregado de executar a intimação era o Sherif local. Se o réu atendia à ordem, o caso estava encerrado. Se não obedecia, ele era compelido a comparecer diante do juiz para se justificar.⁽⁶⁾

Cada *writ* dizia respeito a uma determinada pretensão. Não havia *writ* genérico e, muito menos, *writ* em branco para ser preenchido pelo autor da causa. Esse devia cuidar para que o *writ* correspondesse exatamente à sua pretensão. Cabia-lhe, durante o processo, demonstrar a existência dos requisitos de fato daquele *writ*. Se não o fazia, o juiz arquivava o processo. Nesse caso, não havia como propor novamente a ação, pois ao autor “já lhe fora dada a sua oportunidade”.

Tampouco lhe era permitido alterar o pedido ou a *causa petendi*, ainda que durante o processo ficasse demonstrado que o autor teria podido requerer outro tipo de *writ*.

Durante o reinado de Henrique II (segunda metade do século XII), apareceram os *writs* típicos (breves), para cuja obtenção não houvesse dúvida (*writs of course*), relativos a casos frequentes. Mas se os *writs* puderam se estereotipar, a vida não parou: as relações sociais foram criando novas situações, outros tipos de litígio que não se adaptavam aos *writs of course*. Novos *writs*, ou melhor, novos tipos de *writ* foram criados, apesar da oposição do Parlamento, que se considerava esbulhado em sua competência para gerar. O Estatuto de Westminster, de 1285, concedeu ao Chanceler o poder de criar novos *writs*, contanto que para casos semelhantes a um anterior (*writ in consimili casu*) e que comportasse um *writ of course*. Era um pretexto que só servia para coonestar, pois se o caso era semelhante não haveria dificuldade em conseguir um *writ of course*.

O cerceamento da expedição de novos *writs* trouxe consigo alguns inconvenientes. Nos casos em que não houvesse um *writ* adequado (*adequate remedy at law*), o direito ficava sem proteção. Essa foi uma das causas do aparecimento da jurisdição de equidade e dos remédios nela baseados (*remedies at equity*).

Um segundo estorvo resultou do fato de que o *Common Law* quase não tinha em seu arsenal providências capazes de prevenir os atos ilícitos. Limitava-se a reprimilos, mediante sanções penais, ou a impor a obrigação de ressarcir o dano (*Money damages*). Isso tirava a força dos contratos, pois o obrigado podia optar entre cumpri-los ou pagar os prejuízos decorrentes do inadimplemento.

Outro inconveniente era o de não possibilitar a intervenção de terceiros nem o litisconsórcio.

Ao lado disso, aconteceu também que os tribunais do *Common Law* se tornaram mais uma vez atreitos e agarrados aos remédios já existentes. Esquecendo o que aconteceu no passado, quando o juiz podia impor ao réu o cumprimento específico da obrigação (*specific performance*), fosse ela de fazer ou de abster-se, eles passaram a resolver tudo em perdas e danos.

Para obviar a esses inconvenientes, as próprias *courts of law*, isto é, tribunais que julgavam segundo o *Common Law*, passaram a recorrer aos remédios de equidade, tanto da equidade individual (epiquéia), com que temperavam o rigor da lei (*duress*), quanto da equidade social, com que lhe preenchiam as lacunas, evitando a denegação de justiça (*unfairness*). Como sempre acontece, a equidade entrou no Direito pela mão esquerda de juízes preocupados em fazer justiça.

Essa jurisdição de equidade foi mais larga e freqüente entre os juízes de circuito (*Eyre*) que estavam mais à vontade e mais longe dos juízes sedentários, de Londres (*Justices in Bank*). Isso explica que o procedimento nos condados distantes da capital apresentasse características que depois iriam encontrar-se no processo *in equity*.

Mas, no meado do século XIV, os juízes de circuito (*Justices in Eyre*) começaram a ser substituídos por juízes de paz (*Justices of the peace*). Ao mesmo tempo, principiam a surgir os ritos procedimentais (*forms of action*); desapareceu a execução específica da obrigação (*specific performance*), complicou-se a formalística do processo e de tudo isso resultou a dificuldade, para os tribunais, de fazer justiça. Aconteceu, então, um fenômeno parecido com aquele que fez surgir o recurso de agravo.⁽⁷⁾ Talvez o mesmo fenômeno. Aqueles que se julgavam ultrajados pela denegação de justiça por parte dos tribunais de *Common Law* invocavam a consciência do Rei para que reparasse o dano sofrido (*outrage*). E como o “guardião da consciência do Rei” era o Chanceler, a esse era delegado o conhecimento daqueles apelos. Também nos casos em que não houvesse no *Common Law* remédio adequado (*adequate remedy at law*), o Chanceler assumia o poder de julgar o recurso *ex informata conscientia*. Como foi dito acima, aparecia desse modo uma corte de *equity*, que formulava a regra e a aplicava ao caso concreto (equidade social).

Na prática, os pedidos de justiça passaram a ser dirigidos ao próprio Chanceler.

A partir de 1474, esse alto magistrado emanou, em forma de decreto (*decree*), verdadeiras sentenças baseadas na *equity*. E passaram a existir, lado a lado, uma jurisdição que aplicava o *Common Law* e uma quase-jurisdição que julgava por equidade: a *Chancery Court*. A primeira era exercida quando houvesse norma legal sobre o caso; a segunda, quando ela não existisse.

Note-se que a *Chancery Court* julgava discricionariamente, como se estivesse praticando ato administrativo. Por isso é que a sua decisão se chamava *decree*.

Também em consequência de sua natureza, o procedimento nas cortes de *equity* (*suit in equity*) era quase informal. Em simples petição (*bill in equity*), o reclamante pedia as providências necessárias para proteção de seu interesse. O tribunal ouvia as partes, aceitava as provas por elas feitas e decidia. Exercia ainda funções consultiva, conselheiral e tutelar; esta última por meio de providências acautelatórias. O *decree* era concedido *rebus sic stantibus*: o tribunal podia modificá-lo se houvesse mudança na situação. O vencido, se não fazia o que lhe impunha o *decree*, era processado por desobediência ao tribunal (*contempt of Court*).

A Injunction

O principal remédio (*remedy at equity*) existente no Direito inglês e no americano para os casos não contemplados pelo *Common Law* é a *Injunction*. Ela é a ordem pela qual o Judiciário junte alguém ao dever de fazer ou omitir algo.

Dáí:

a *Mandatory Injunction* (determinação de fazer) e

a *Restraining or Prohibitory Injunction* (determinação de abster-se).

Como se vê, ela se chama *Injunction* porque o destinatário da ordem fica jungido a um dever jurídico.

A *Restraining Injunction* guarda algum parentesco com o Interdito Proibitório; tem, entretanto, uma aplicação mais ampla.

A *Mandatory Injunction* — que não se confunde com o *Mandamus* — pode ter por fim o cumprimento específico de uma obrigação: (*specific performance*), desde que não seja necessária a coação física (*nemo ad faciendum cogi potest*).

Por vezes é suficiente a condenação por perdas e danos e o Judiciário não obriga ao cumprimento específico da obrigação. Em outras ocasiões, entretanto, a condenação ao ressarcimento do dano seria ilusória. Foi isso que levou a Corte da Chancelaria inglesa, em sua jurisdição de equidade, a suprir a falha, obrigando o devedor ao cumprimento da obrigação *in natura*, mediante um *decree of specific performance*.

A *Injunction* é final (*permanent*) quando concedida na decisão de mérito; é liminar (*preliminary*) quando deferida, como providência acautelatória, *in limine litis*.

Ela é sempre supletiva: só é concedida quando não existe em lei um remédio adequado (*adequate remedy at law*).

A *Injunction*, criada para direitos individuais, estende-se hoje aos direitos sociais; por exemplo: no caso de alguém ser expulso de uma agremiação sem ser devidamente ouvido (*without a fair hearing*).

No Texas (40 Texas Or. R. 413, 50 S.W., 933), um tal de Warfield conseguiu uma *Injunction* para proibir um rival de cortejar sua mulher...

O mandado de injunção no Brasil

Diz a Constituição da República, no art. 5º, LXXI:

“Conceder-se-á mandado de injunção: sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício:

- a) dos direitos e liberdades constitucionais (arts. 5º a 11);
- b) das prerrogativas inerentes:
 - à nacionalidade (art. 12);
 - à soberania (arts. 14 a 16);
 - à cidadania (art. 1º, II, art. 22, XIII).

Conseqüências do disposto no citado dispositivo

- 1º) alarga o campo da jurisdição de equidade;
- 2º) transporta para o Direito Público o remédio (*relief*) da *injunction* que, no Direito inglês e no americano, se aplica à área do Direito Privado;
- 3º) abre a porta para a renovação e o ajustamento do Direito a novas realidades sociais.

Quanto à primeira conseqüência:

Ampliação do campo da jurisdição de equidade

Não é a primeira vez que uma Constituição brasileira recorre à equidade como fonte supletiva do Direito.

A de 1934 o fazia explicitamente no art. 113, nº 37, a saber:

“Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais do Direito ou por equidade.”

A primeira parte desse dispositivo está inspirada no art. 4º do Código Civil francês, segundo o qual: “*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*”.⁽⁸⁾

Para se ter em conta como é premente a necessidade de preencher as lacunas da lei por meio da equidade, basta recordar o que se passou em França ao tempo da feitura do Código Civil.

O projeto do ano VIII dizia, no art. 11 do tít. V, do Livro Preliminar, que: *dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un Ministre d'équité*.⁽⁹⁾

Esse Livro Preliminar não foi acolhido no Código Civil, segundo a superstição de que a lei não tem lacunas. É curioso que o art. 565 desse mesmo Código subordine o direito de acessão, relativamente às coisas móveis, *aux principes de l'équité naturelle*.

Diante do texto constitucional brasileiro, uma coisa é certa:

Os problemas do Mandado de Injunção estão ligados à razão de ser da jurisdição de equidade:

a) Onde houver norma regulamentadora dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes: à nacionalidade (arts. 12 e 13); à soberania popular (arts. 14 a 16); ou à cidadania (arts. 12 e 13), funcionará a jurisdição legal, se qualquer deles for ameaçado ou ferido. O Judiciário aplicará a norma de lei, abstrata e geral, ao caso

concreto e os remédios serão o *Habeas Corpus*, o Mandado de Segurança e as ações pertinentes.

b) Quando não houver lei regulamentadora, funcionará a jurisdição de equidade: o Judiciário aplicará a norma que ele próprio estabeleceria se fosse legislador.

Já dispunha assim o art. 1º do Código Civil suíço: *À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence.*⁽¹⁰⁾

Na vigência do Código de Processo Civil de 1939 (art. 114), quando outra lei autorizasse o juiz a julgar de acordo com a equidade individual, ele usaria também da equidade social, aplicando a norma que ele próprio estabeleceria se fosse legislador.

Dispondo a vigente Constituição tal como se vê do art. 5º, LXXI, alarga-se no Brasil a jurisdição de equidade.

Derroga-se o princípio: *aequitas legislatori, jus judici magis convenit*, isto é, a equidade é própria do legislador e o Direito o é do juiz.

O Judiciário vai, então, buscar a norma jurídica nas mesmas fontes materiais em que se abeberaria o legislador para formular a lei.

Atente-se, mais uma vez, para o fato de que não se trata da equidade individual (epiquéia), como acontece, por exemplo, na aplicação da Lei de Luvás, em que o juiz leva em conta as circunstâncias do caso concreto (art. 16); trata-se, ao contrário, da equidade social (a *equity* dos ingleses), que tem em consideração o que normalmente é justo, a fim de formular uma norma, em seguida aplicada ao caso concreto.

Como foi dito acima, já Aristóteles estabelecia, com precisão, a diferença entre esses dois tipos de equidade. Ela é sempre um modo de determinar o que é justo em cada caso. É completa a lei e a torna mais perfeita em duas hipóteses:

1º) a lei, que é genérica e abstrata, não prevê todas as circunstâncias particulares de cada caso concreto. A equidade a preenche e a torna mais justa ao mandar que o juiz leve em conta as peculiaridades do caso. Aí, funciona como a fita métrica usada pelos operários da Ilha de Lesbos (semelhante à que utilizam os alfaiates e as costureiras de hoje), que seria o contorno das superfícies sinuosas a serem medidas. Esta é a equidade individual;

2º) de outras vezes, a lei é totalmente lacunosa, não prevê a hipótese que se apresenta em concreto. Nesse caso, surge a equidade social, que manda o juiz completar a lei formulando, ele próprio, a norma aplicável. Calamandrei, no sexto parágrafo do ensaio anteriormente citado, admite até a equidade social *contra legem* e indica (na nota 26), no mesmo sentido, Geny, Miceli, Pachioni e Del Vecchio. A tanto não chega a Constituição brasileira, que admite apenas a aplicação *praeter legem*: “sempre que, à falta de norma regulamentadora...”

A diferença entre esses dois tipos de equidade ressalta da comparação entre o art. 4º e o art. 1º do Código Civil suíço.

O art. 4º (equidade individual) manda que o juiz leve em conta as circunstâncias do caso concreto.

O art. 1º (equidade social) ordena que, na falta de norma reguladora, o juiz aplique a que ele próprio formularia se fosse o legislador. Nessa hipótese, a equidade é fonte formal do Direito. É o que deve acontecer, entre nós, no Mandado de Injunção.

Note-se, porém: na hipótese de equidade social, a atividade do Judiciário não é criadora do Direito objetivo, genérico e abstrato. É apenas declaratória de uma norma equitativa, ou seja: norma, sim, mas para ser aplicada apenas ao caso levado à apreciação do judiciário.

Assim como a lei admite, por vezes, o costume como fonte subsidiária, assim também a Constituição recorre à equidade nos casos do art. 5º, LXXI.

Não se deve, entretanto, supor que o juiz exerça, então, o mesmo papel do legislador. Ele não impõe normas gerais; apenas formula, em mente, a norma que aplicará ao caso *sub judice*. A formulação da norma pode até ser subentendida.

E a decisão não tem a mesma força vinculadora do precedente no Direito inglês e no americano.

Pode, isto sim, surgir, da reiteração dos julgados, uma regra consuetudinária. Acontecerá, então, o mesmo que ocorreu no campo do Direito Trabalhista em que, da aplicação dos dispositivos sobre a locação de serviços, se desenvolveu uma jurisprudência que iria desembocar em um novo ramo do Direito. O mesmo ocorreu com o Direito Aeronáutico e, em época mais remota, com o Direito Comercial.

Quanto à 2ª consequência:

Introdução de Mandado de Injunção na área do Direito Público

Salvo melhor juízo, parece-me que a Constituição foi um pouco tímida ao limitar o alcance do Mandado de Injunção às questões sobre direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania (popular) e à cidadania. Poderia o remédio servir também no campo do Direito Privado, como a *Injunction* do Direito inglês e do americano.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos, os *Civil rights* são protegidos pelo *Mandamus*, semelhantes ao nosso Mandado de Segurança, quando a matéria é disciplinada em lei, e pela *Injunction* no caso de não haver regulamentação legal.

O *Mandamus* pertence ao campo do *Common Law*, enquanto a *Injunction* é da área da *Equity*.

O *Mandamus* pode ser *peremptory*, isto é, categórico, ou *alternative*, ou seja, alternativo. A *Mandatory Injunction* é sempre categórica.

Quanto à 3ª consequência:

O acolhimento entre nós do Mandado de Injunção abre a porta para a renovação e o ajustamento do Direito a novas realidades sociais

A vida apresenta uma tal variedade de fatos que, perto deles, as produções da mais fértil imaginação não passam de ninharias. A obra do legislador tem em seu prol a unidade e a harmonia do sistema, além do préstimo de tender para o ideal. Mas, para isso, ela sacrifica e despreza as minúcias dos fatos. O homem que faz a lei se

abandona aos vãos do pensamento sem entraves e, por vezes, em lugar de verdadeiras soluções, encontra fórmulas abstratas.

Na jurisdição legal, em que o juiz aplica ao fato a regra da lei, essa é um *prius* e a sentença um *posterius*. Na jurisdição de equidade invertem-se os papéis: a decisão do caso concreto precede ao estabelecimento de uma norma geral. A jurisdição legal é mais propícia à segurança, uma vez que a norma aplicável precede à sentença. Em compensação, a jurisdição de equidade é mais favorável à consideração das circunstâncias de cada caso e, conseqüentemente, a uma justiça mais perfeita. Para maior garantia dos jurisdicionados contra o arbítrio dos juizes, é melhor a jurisdição legal. Mas quando, por falta de norma disciplinadora, ela se torna inviável, o remédio é recorrer à jurisdição de equidade, evitando assim a denegação de justiça. ⁽¹¹⁾

E, com isso, aparece a oportunidade de sugestões ao legislador para a adaptação do Direito objetivo às novas realidades sociais.

Ao julgar o pedido de Mandado de Injunção, o Judiciário atua discricionariamente. Não arbitrária, mas prudencial e razoavelmente.

O poder de decisão é, assim, mais amplo que nos casos de Mandado de Segurança e de *Habeas Corpus*. O juiz funciona como um *arbitrator* e evita a fossilização do Direito.

O Mandado de Injunção afasta a barreira que o princípio da separação dos poderes coloca entre o juiz e as fontes materiais do Direito. Na jurisdição legal, o juiz atua como um lógico abstrato; na jurisdição de equidade, ele funciona como psicólogo, sociólogo, economista, etc. Na primeira ele é fonógrafo que repete a voz da lei; na outra, é gravador que recolhe a voz dos fatos. E gravador que se adapta à temperatura ambiente.

O Mandado de Injunção é válvula que dá passagem ao oxigênio vivificador da realidade jurídica.

Note-se que a própria Constituição arvora, neste caso, a equidade em fonte formal do Direito. A decisão judiciária define, para o caso concreto, a norma regulamentadora que faltava na lei e que vagava na consciência coletiva. Ela é o remédio que torna viável o exercício e a proteção dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania popular. E, pela reiteração, contribuirá para a feitura de leis regulamentadoras amadurecidas e clareadas.

Tem, pois, o Mandado de Injunção múltipla função social: 1ª) possibilita a solução de casos concretos para cuja regulamentação não há norma de lei. Isso se dá todos os dias, especialmente em virtude das transformações que se vão operando no mundo social. Pense-se nas mudanças trazidas pelos novos meios de comunicação de massas, pela eletrônica, pelo computador, pela aviação. O próprio conceito de direito individual evoluiu do liberalismo, tipo século XVIII, para o socialismo de nossa época; 2ª) apressa a longa caminhada que o Direito teria que percorrer até chegar à formulação legislativa; 3ª) evita as soluções revolucionárias.

Poderá temer-se que o juiz se sinta esmagado diante da responsabilidade de decidir sem que haja uma norma reguladora da espécie que se lhe apresenta. Mas, em primeiro lugar, a lei não lhe permite denegar justiça apenas por essa carência de regras

pertinentes. Em segundo lugar, a “graça do *status*” exerce sobre o juiz uma ação fortalecedora que o coloca acima das contingências humanas. Já no século passado observava Bluntschli que “cada função encerra um princípio moral, uma alma. Ela tem um espírito e esse *espírito* exerce influência sobre o funcionário, que se move na função como o indivíduo no corpo”. “As funções do juiz são de tal modo santas, tão admiravelmente consagradas à justiça que, freqüentemente, elas propiciam a coragem e a independência a um homem tímido. Sem dúvida, tal espírito não transforma a pessoa do funcionário, mas esse lhe sentirá sempre uma influência psicológica.”⁽¹²⁾

Razões do provimento

Para que o pedido de Injunção seja provido é necessário que o ato por ele atacado configure ilegalidade, excesso ou abuso de poder.

Constitui *ilegalidade* a inobservância de norma legal sobre a forma, o lugar ou o tempo do ato praticado;

O *excesso de poder* decorre da prática do ato fora dos casos admitidos, ordenados ou não proibidos em lei;

O abuso de poder consiste na prática de atos por motivos diversos dos que fundamentam a lei.

A ilegalidade é formal. O excesso e o abuso de poder são materiais: o primeiro é quantitativo; o segundo, qualitativo.

Naturalmente, a norma que deve ser levada em conta no caso de Mandado de Injunção não é a da lei regulamentadora, que não existe, mas a que o juiz formularia se fosse legislador.

Problemas relativos ao Mandado de Injunção

O Mandado de Injunção suscita alguns *problemas*.

a) O problema da legitimidade

O Mandado de Injunção não é ação popular. Ao contrário dos *interdicta* do Direito Romano, que podiam ser pedidos por *quivis ex populo*, isto é, por qualquer pessoa do povo, o Mandado de Injunção deve ser requerido pelo titular do direito, da liberdade ou da prerrogativa protegidos pela Constituição. Nos termos do inc. XXI do art. 5º da Constituição da República, a parte legítima pode, entretanto, ser representada em juízo por entidade associativa a que seja filiada.

b) O problema do interesse

No Direito Romano, os *intedicta* eram concedidos *publicae utilitatis causa*, isto é, tendo em vista a utilidade pública.

No Direito brasileiro, o Mandado de Injunção é outorgado tendo em vista a utilidade, para cada pessoa, do direito, da liberdade, da prerrogativa concedidos pela Constituição.

c) O problema da possibilidade jurídica

O Mandado de Injunção só é cabível para defesa dos referidos direitos, liberdades constitucionais, e, bem assim, prerrogativas inerentes: à nacionalidade (art. 12); à soberania popular, conseqüentemente aos direitos políticos (art. 14); à cidadania (art. 1º, II e art. 22, XIII).

E apenas nos casos em que, em favor de qualquer deles, haja uma obrigação de fazer ou de não fazer.

d) O problema do rito procedimental

A ausência de lei reguladora do procedimento cria, à primeira vista, uma dificuldade. A meu ver removível à vista das seguintes ponderações:

I) O problema não é novo. Ele surgiu também quando a Constituição Federal de 1934 introduziu, entre nós, o Mandado de Segurança. Só dois anos depois foi promulgada a primeira lei que regulou o assunto: a Lei 191, de 16.1.36. Isso não impediu que os juízes e tribunais conhecessem dos pedidos de segurança e os julgassem. Aplicaram as normas do processo de *habeas corpus* que, inclusive, anteriormente, tinha sua área de aplicação alargada para proteger outros direitos que não apenas o de ir e vir.

A dificuldade reapareceu, em São Paulo, quando ali foi promulgada a Constituição Estadual de 1967. Ela instituiu uma ação direta de contraste da constitucionalidade das leis municipais e, por muito tempo, não foi aplicada por falta de lei processual pertinente. Não obstante, o egrégio Tribunal de Justiça veio a conhecer da representação feita pela ilustre Procuradora-Geral do Estado, Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz, e a lhe dar provimento, amparado também por excelentes pareceres dos Profs. Ada Pellegrini Grinover, Celso Bastos, Dalmo Dallari e José Afonso da Silva (por ordem alfabética).

II) *Ubi jus, ibi remedium*. A falta de rito específico não deve impedir que sejam restaurados direitos feridos. Resta, pelo menos, o procedimento ordinário que serve a todos os casos para os quais não há rito especial. Na pior das hipóteses, portanto, o procedimento comum será indicado.

III) Assim como, até o advento da Lei 191/36, se aplicou ao Mandado de Segurança o rito do *Habeas Corpus*, assim também poderia aplicar-se ao Mandado de Injunção o que a Lei 1.533/51 dispõe sobre o procedimento do Mandado de Segurança. Pondera o ilustre Prof. Galeno Lacerda que o conteúdo dos dois *writs* diverge. É certo. Mas, se não estou enganado, essa divergência diz respeito aos direitos protegidos; é de Direito substantivo, não de Direito Processual. Sob o aspecto judiciário, parece-me, salvo juízo melhor, que há perfeita analogia entre os mandados que só diferem porque num caso existe norma regulamentadora e no outro não. Ambos têm a mesma razão de ser: proteger contra a violação ou a ameaça de lesão. E *ubi eadem ratio, ibi idem jus*.

IV) A meu ver, o procedimento do Mandado de Injunção deve ser o mais singelo, aproximando-se do administrativo, respeitados os direitos constitucionais das partes e de eventuais terceiros.

A diferença entre o Mandado de Injunção (Constituição da República, art. 5º, LXXI) e a Ação de Inconstitucionalidade por omissão (idem, art. 103 e seus parágrafos)

O Mandado de Injunção visa *imediatamente* à proteção de direito, de liberdade ou de prerrogativa.

A Ação de Inconstitucionalidade por omissão tem por fim exclusivo o ato pelo qual é dada ciência ao Poder competente da carência de medida necessária para a efetivação de norma constitucional, a fim de que esse adote as providências adequadas.

Ademais, o pedido de Injunção pode ser feito pelo titular do direito ferido ou ameaçado, enquanto a Ação de Inconstitucionalidade por omissão é movida pelas pessoas ou pelos órgão referidos no *caput* do art. 103 da Constituição da República (nº I a IX).

Mandado de Injunção e Execução das obrigações de fazer ou não fazer

O Mandado de Injunção é aparentado com a execução das obrigações de fazer ou não fazer. Mas com uma diferença: na hipótese da Injunção (brasileira), o objeto da prestação é ato ou omissão relativos a direito, liberdade ou prerrogativa constitucional cujo exercício seria inviável por falta de norma legal regulamentadora. Enquanto que, no caso da Execução de obrigações, o objeto da prestação é ato ou abstenção relativos a direitos privados.

O problema da competência

A competência para conhecer do pedido de Mandado de Injunção é definida pela Constituição da República (arts. 102, I, “q” e II, “a”; 105, I, “h”) *quando há prerrogativa de função*. E pelas leis ordinárias, especialmente as de organização judiciária, nos demais casos.

* HÉLIO TORNAGHI é Professor Emérito da Universidade Federal do Brasil.

NOTAS

(1) Preleção com que abriu o ano letivo do Instituto de Ciências Sociais Cesare Alfieri, depois publicada nos *Studi sul Processo Civile*, v. II, pp. 1 e ss.

(2) Para maiores informações, v. minhas *Instituições de Processo Penal*, 2ª ed., S. Paulo, 1977, 1º v., pp. 241 e ss.

(3) Para outras considerações acerca do estilo do Direito inglês, v. meus *Comentários ao Código de Processo Civil*, S. Paulo, 2ª ed., 1975, 1º v., pp. 37 e ss.

(4) Sobre a organização judiciária inglesa, v. minhas citadas *Instituições*, v. 2º, pp. 69 e ss.

(5) A distinção entre a equidade individual e a social já vinha de Aristóteles. Na *Ética a Nicômaco* ele ensinava que a *equidade individual* se adapta às várias contingências de cada fato, enquanto que a *equidade social* se aplica aos casos em que não há norma de lei e exige que o juiz estabeleça uma regra adequada ao caso que lhe é submetido.

(6) Como se vê, há certa semelhança entre esse tipo de procedimento e o *das legis actiones romanas*.

(7) V. meu *Curso de Processo Penal*, S. Paulo, Saraiva, 5ª ed., 2º v., pp. 331 e ss.

(8) "O juiz que se recusar a decidir, sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegação de justiça."

(9) "Em matéria de Direito Civil, o juiz, na falta de lei precisa, é ministro da equidade."

(10) "Na ausência de disposição legal aplicável, o juiz decide segundo o Direito Costumeiro e, na falta de costume, ele o faz segundo as regras que estabeleceria se tivesse de legislar. Ele se inspira nas soluções consagradas pela doutrina e pela jurisprudência."

(11) Sobre as relações entre a segurança e a justiça, v. minhas *Instituições de Processo Penal*, 1º v., pp. 69 e ss.

(12) *Théorie Générale de l'État*, 3ª ed., 1891, p. 16.