

O MANDADO DE INJUNÇÃO E AS *INJUNCTIONS* INGLESA E NORTE-AMERICANA

Jamile Gonçalves Calissi

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4757743J9>

Resumo: Faz uma análise comparativa do Mandado de Injunção brasileiro e das *Injunctions* inglesa e norte-americana sob uma perspectiva histórica e constitucional e, sob a ótica das garantias fundamentais da Constituição de 1988, demonstra as diferenças entre os institutos brasileiro e anglo-saxão e conclui pelo discurso de ineditismo do Mandado de Injunção brasileiro frente aos seus correspondentes alienígenas.

Palavras-chave: direito, direito constitucional, direito comparado, garantias constitucionais.

The Errand of Injunction and the English and North American Injunctions

Abstract: Makes a comparative analysis of the European arrest warrant and of English and Brazilian Injunctions under a historical perspective and American constitutional and, from the perspective of the fundamental guarantees of the Constitution of 1988, demonstrates the differences between the Anglo-Saxon and Brazilian institutes and concludes by speech of originality of the Brazilian forward to order Warrant their corresponding aliens.

Keywords: right, constitutional law, comparative jurisprudence, guarantees constitutional.

1. UM POUCO DE HISTÓRIA

O mandado de injunção foi instituído pela Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 5º, inciso LXXI definiu a sua utilização nos casos em que, por falta de norma regulamentadora, fosse impossível o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.¹

Entretanto, são várias as formas de conceituação do instituto, cada qual de acordo com uma ótica de observação.

Assim é que, para alguns, o mandado de injunção é uma forma de controle da inconstitucionalidade por omissão (e, portanto, uma garantia de defesa dos direitos

¹ O art. 5º, LXXI da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe, *in verbis*:

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

fundamentais) no caso de normas de aplicabilidade não imediata, tendo por finalidade “suprir a omissão do legislador infraconstitucional na edição dessas normas pela via de exceção (ou de defesa)”.²

Observado por esse prisma e, considerando o mandado de injunção como instrumento de combate à omissão do Poder Público que, devendo regulamentar a norma constitucional, não o faz ocasionando, assim, através de uma lacuna, o não exercício de direito já existente, mas impossibilitado de ser imediatamente aplicado, o instituto em questão corre o risco de, erroneamente, ser confundido com a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Erroneamente, pois, muito embora os dois institutos possam ter função parecida, não se confundem.

Isso porque, em ambos os casos o que existe é um direito fundamental que não pode ser naturalmente exercido por falta de norma que o regule. Entretanto, enquanto o mandado de injunção visa tornar viável o exercício desse direito através de uma decisão mandamental constitutiva, a ação de inconstitucionalidade por omissão busca dar efetividade à norma constitucional carente de regulamentação por meio de uma decisão declaratória. Assim, no primeiro caso, dependendo, segundo entendimento do STF, da natureza da norma, a decisão judicial torna viável o exercício do direito constitucional previsto³ (declarando o direito), e no segundo, a decisão judicial, tem por objetivo informar ao poder responsável para que este possa tomar as providências cabíveis.⁴

Ou seja, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o STF aprecia a questão em abstrato e, declarando a inconstitucionalidade, informa o Poder competente para que adote as medidas necessárias, enquanto que no mandado de injunção, o juiz ou tribunal reconhece do pedido em concreto e torna o direito carente de regulamentação, exercitável.

Para outros, porém, o mandado de injunção, seguindo os critérios dos *writs* de processo sumário, onde “se verifica o exercício de um direito subjetivo à prestação

² ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES Júnior, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 5º ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p.156.

³ ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES Júnior, Vidal Serrano, op. cit., p. 157.

⁴ Cabe lembrar que o poder competente referido pode ser tanto o Poder Legislativo, que não observa prazo algum para tomar as providências, quanto um órgão administrativo, que dispõe de trinta dias para tomar as providências necessárias.

jurisdicional (ação), visando um provimento mandamental a ser editado pelo órgão jurisdicional, através de um instrumento adequado (processo), em que se assegura a igualdade, o contraditório e o direito de defesa, ainda que por via sumária”⁵ é um instituto de conceituação um pouco mais ampla sendo, além de um instrumento contra a omissão legislativa, também um remédio, ou mais do que isso, uma verdadeira ação constitucional à favor daqueles que se estejam diante da impossibilidade de exercício de um direito fundamental ou de uma prerrogativa inerente à nacionalidade, soberania e cidadania. Além de ser, ainda, a via para a realização do que dispõe o art. 5º, § 1º.^{6 7}

Por fim, assume, ainda, o mandado de injunção, a função de instrumento de controle judicial⁸, posto à disposição do administrado quando este for lesionado ou estiver na iminência de sofrer lesão a direito, provocado por ato da administração pública.^{9 10}

O mandado de injunção, como já mencionado, surgiu em nosso ordenamento pela Constituinte de 1988, passando por algumas fases e modificações que resultaram no texto constitucional que é hoje conhecido e que o torna uma previsão *sui generis*, nova em nosso ordenamento e sem precedentes alienígenas.

Dessa forma, portanto, não há que se falar em um produto pronto, copiado de algum ordenamento estrangeiro e posto em uso segundo os anseios sociais brasileiros.

Muito pelo contrário, se no início a adoção de um instrumento com características de mandado de garantia social para a imediata aplicação de direitos contemplados pela então nascente Constituição brasileira possa ter sutilmente buscado justificção no ordenamento alienígena, especialmente o norte-americano, o que se tem

⁵ ACKEL Filho, Diomar. *Writs Constitucionais* (Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data). 2º ed., São Paulo: Saraiva, 1991, p. 11.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15º ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 449.

⁷ O art. 5º, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe, in verbis:

§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

⁸ São, ainda, instrumentos constitucionais de controle judicial da administração pública: o habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança individual, o mandado de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública que, muito embora não esteja prevista junto com os outros, também serve como instrumento controlador da administração pública.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 9º ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 499.

¹⁰ Existe, ainda, um entendimento mais polêmico de Vicente Greco Filho e José Cretela Júnior, para quem o mandado de injunção é uma forma de pressão para obrigar o legislador a criar a lei regulamentadora. BACHA, Sérgio Reginaldo. *Mandado de Injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 30 e 31.

hoje é um instituto que passou por modificações, embora mantendo a essência inicial apresentada já à época de sua discussão que o vislumbrava como um meio de correção quando o direito constitucional disposto não pudesse ser exercido imediatamente por falta de norma que o regulamentasse e o capacitasse para tal, e se criou sob um enfoque de originalidade, mantendo, assim, como única relação com as denominadas *injunctions*, a proximidade do nome, além, é claro, de certas similaridades que, no entanto, por si só não bastam para caracterizá-las como fontes do mandado de injunção.

O momento da criação do instituto também é controverso.

Data de 3 de abril de 1987 a sugestão 367-1 do constituinte Ruy Bacelar pedindo a inclusão do seguinte texto¹¹ à nova Constituição:

Art. Os direitos conferidos por esta Constituição e que dependam da lei ou de providências do Estado serão assegurados por mandado de injunção, no caso de omissão do Poder Público.

Parágrafo único. O mandado de injunção terá o mesmo rito processual estabelecido para o mandado de segurança.

Credita-se, também, a sua origem, às sugestões 155-4 e 152-2 dos constituintes Virgílio Távora e Carlos Virgílio¹², que teriam buscado inspiração no art. 283 da Constituição Portuguesa de 1976, que já tratava da inconstitucionalidade por omissão¹³, sendo, portanto, mencionado artigo¹⁴, inspiração para a nossa ação de inconstitucionalidade por omissão e não para o mandado de injunção como queriam os referidos constituintes.

Também Gastone Righi, perante a 3º reunião da Subcomissão dos Direitos Políticos, dos Direitos Coletivos e Garantias, pediu, em 22 de abril de 1987, a criação de

¹¹ SILVA, José Afonso da. Mandado de Injunção e Habeas Data. São Paulo: RT, 1989, p. 14.

¹² GUERRA Filho, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 98.

¹³ A Constituição Portuguesa, por sua vez, encontrou inspiração na Constituição da República Socialista Federativa Iugoslávia de 1974 que também já tratava a respeito do controle concentrado da omissão inconstitucional.

¹⁴ Dispõe o art. 283 da Constituição Portuguesa de 1976, in verbis:

“1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autônomas, dos presidentes das Assembléias Legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso ciência ao órgão legislativo competente”.

um instrumento hábil para possibilitar a aplicação dos direitos sociais previstos na nova Constituição.

Nessa reunião, o constituinte Lysâneas Maciel, em resposta a Gastone Righi, propôs duas saídas: a primeira, apresentada na mesma reunião, esclarecia alguns caminhos para o combate à falta de regulamentação que impossibilitasse o exercício de direito já disposto em texto constitucional. Como segunda opção, propôs na 3º reunião da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher em 26 de maio de 1987, por meio do também constituinte Darcy Pozza, a criação do mandado de injunção capaz de “permitir que a letra constitucional, à falta de Lei Complementar ou Ordinária que a regulamente, se torne realmente aplicável”.¹⁵

Desse anúncio de Darcy Pozza, surgiu seu anteprojeto que apresentou o mandado de injunção em seu § 37 do artigo único, com a seguinte redação:

Conceder-se-á mandado de injunção, observado o rito processual estabelecido para o mandado de segurança, a fim de garantir direitos assegurados nesta Constituição, não aplicado em razão da ausência de norma regulamentadora, podendo ser requerido em qualquer Juízo ou Tribunal, observadas as regras de competência da Lei Processual.¹⁶

Em seguida, nas mãos do constituinte José Paulo Bisol, relator da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, o texto sofreu nova modificação, inserindo-se a previsão quanto às prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, antes de chegar até o constituinte Bernardo Cabral, relator da Comissão de Sistematização e, após algumas alterações, concluiu-se pelo texto conhecido até hoje, inserido na Constituição da República Federativa do Brasil.¹⁷

Controvérsias à parte, o que se deve considerar é que, quando se pensou, em um primeiro momento, na criação do mandado de injunção, os constituintes tentaram buscar no ordenamento alienígena algo parecido que pudesse ser utilizado como fonte para o ordenamento pátrio.

Passado algum tempo e, tendo o texto original sofrido algumas modificações, o que restou foi um instituto diferenciado encontrado somente em nosso ordenamento. Entretanto, as comparações com as *injunctio*ns do direito anglo-saxão são e serão

¹⁵ SILVA, José Afonso da. Mandado de Injunção e Habeas Data, op. cit., p. 16.

¹⁶ Id. *ibid.*, p. 17.

¹⁷ ACKEL Filho, Diomar, op. cit., p.12.

sempre inevitáveis. Primeiro pela proximidade do termo designativo do instituto. Segundo pela tentativa do próprio constituinte em apresentar algo trazido do ordenamento estrangeiro.

Assim, não obstante toda discussão em torno do tema, que divide a opinião doutrinária entre aqueles que acreditam ser o mandado de injunção um produto derivado do direito norte-americano e aqueles que defendem sua originalidade, existindo, ainda quem acredite que a injunção nacional tem como fonte o próprio mandado de segurança,¹⁸ o certo é que, muito embora possa haver alguma semelhança entre a injunção brasileira e as *injunctio* inglesa ou norte-americana, estas não são suficientes para determinar corretamente a fonte da garantia constitucional pátria.

2. COMMON LAW: A PRIMEIRA JUSTIFICATIVA PARA A ORIGINALIDADE DO INSTITUTO BRASILEIRO

O primeiro grande problema a ser enfrentado por quem busca argumentar a favor de uma comparação entre a injunção brasileira e as *injunctio* inglesa e norte-americana, justificando as últimas como fontes da primeira, reside na natureza da organização dos respectivos sistemas nos quais estão inseridas cada uma delas.

É cediço que o sistema anglo-saxão denominado *common law*, berço das *injunctio* aqui tratadas e que tem como maiores representantes os Estados Unidos da América e a Inglaterra, muito se difere do sistema organizacional adotado pelo Brasil dito romano-germânico.¹⁹

Isso traz à tona o grande problema inicial: qualquer comparação entre institutos paralelos pertencentes a esses dois sistemas fica prejudicada, face às diferenças essenciais que ambos os sistemas acumulam. Neste caso específico do mandado de injunção e das *injunctio*, o problema se agrava ainda mais, por não se tratarem de institutos paralelos.

¹⁸ GUERRA Filho, Willis Santiago, op. cit., p. 99.

¹⁹ Muito embora o desenvolvimento do sistema da *common law* tenha similaridades com o sistema romano. SOUZA, Gustavo Emílio Contrucci Alexandrino de. *Injunctio* e algumas decisões jurisdicionais no processo civil brasileiro: uma visão comparativa. Dissertação de Mestrado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 62.

Para entender melhor tal afirmação, é preciso compreender essa diferença básica entre os dois sistemas, que reside no método de formação e aplicação de cada um deles. Enquanto no sistema anglo-saxão as regras da *common law* são feitas a partir de casos concretos decididos pelo judiciário²⁰, no sistema romano-germânico ocorre exatamente o contrário. Aqui, a norma é criada a partir de uma hipótese, existindo em abstrato até que ocorra o fato, momento em que passa a existir em concreto (subsunção).

Na *common law* a regra só surge depois de um fato ocorrido e tem como fonte o *case law*. No sistema romano-germânico a regra é previamente estabelecida, tendo como fonte, o direito escrito (também chamado de *civil law*).

Os métodos, portanto, se distinguem, ao passo que, se no sistema brasileiro jurista, diante de um caso concreto, se socorre nos artigos dos códigos para resolver a questão imposta, na *common law*, os especialistas buscam os precedentes no *case law* para a resolução do conflito.²¹

É por isso que se diz que no primeiro sistema, o método é o dedutivo, onde:

o que se busca primeiro é o entendimento daquilo que seria a aspiração de um povo como direito de cada um, tendo em vista dado momento histórico, para que em seguida homens indiquem, em normas, donde se deve partir na busca da tutela de um direito²².

E no segundo, o método utilizado é o indutivo, onde “do conflito de interesse nasce a regra com a decisão do tribunal: não por premissas pré-estabelecidas, mas sim pelo *judge made law*, na visão do juiz como engenheiro social”.²³

Essas diferenças essenciais distanciam muito os dois sistemas, o que torna deveras difícil a tarefa de comparação de institutos paralelos, quiçá de institutos que de semelhança maior só guardam o nome designativo.

No entanto, somente conhecer o que de mais particular tem o *common law*, ou seja, o método indutivo, não basta para compreender o sistema com um todo. Mais do que isso, há que se analisar um pouco de sua formação ao longo da história.

²⁰ Id. *ibid.*, p. 82.

²¹ CRETELLA Júnior, José. Os “writs” na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 1.

²² SOUZA, loc. cit.

²³ Id. *ibid.*

A origem do *common law* remonta ao ano de 1.066, quando o povo normando invadiu as ilhas britânicas e impôs à região a sua forma de administração que tinha como espinha dorsal a utilização de uma lei comum a todo o território conquistado.

Antes da chegada dos normandos, a Inglaterra, mais especificamente, possuía a Assembléia dos Homens Livres (*County Court* ou *Hundred Cort*)²⁴ que aplicava os costumes locais. Após a invasão, esse sistema evoluiu para as Cortes Senhoriais e, posteriormente, para os Tribunais Reais²⁵.

A base organizacional do sistema normando era composta pelos tributos. Enfraquecidos pelas guerras e, sem tradição no ato de escrever, impuseram um sistema de organização que se baseava em suas experiências e necessidades imediatas. E, naquele momento, a necessidade maior era a recomposição do todo bélico, o que só poderia ser feito através de uma política séria e efetiva de arrecadação de tributos.

Dessa forma, já no reinado de William I²⁶, como forma de organização e sustentação do sistema, o território foi dividido em pequenos e muitos feudos, o que evitava uma insurreição por parte dos senhores feudais mais fortes.

Tal sistema não era complexo.

Centralizadores, apesar dos vários feudos, os normandos impuseram a força de um poder único, representado pelo Rei.

A fiscalização dos feudos era feita pela Cúria Régia, composta pelo Rei e seus vários conselheiros.

Aos poucos, a Cúria Régia foi assumindo uma postura de Corte para a resolução dos pequenos problemas relacionados ao pagamento dos tributos, atuando em cada região e utilizando-se dos costumes locais para resolver os conflitos.

A evolução natural se deu com a criação da *Court of Common Pleas* e *Court of King's Bench*²⁷ compostas por juízes e já mais preparadas para tratarem dos casos mais complexos.

A Cúria Régia, muito embora fosse composta pelo Rei, se baseava na atuação direta em cada feudo. Com a criação das cortes profissionais, a atuação embasada em

²⁴ SCARMAN, Lorde Leslie. O direito inglês, a nova dimensão. Trad. De Inez Tóffoli Baptista. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1974, p. 13.

²⁵ QUARESMA, Regina. O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão. Teoria e Prática. 2º ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 33.

²⁶ SOUZA, op. cit., p. 58.

²⁷ Id. ibid., p. 60.

um sistema único ficou mais evidente, trocando-se, assim, a utilização das várias tradições locais por uma regra geral, ocasionando o surgimento do *common law* ou lei única.

Muito embora a origem seja a mesma e o método do *common law* seja utilizado tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos, que são os maiores representantes da forma de pensar o direito anglo-saxão, é certo que hoje os sistemas jurídicos dos respectivos países se diferem, o que torna institutos a princípio idênticos, instrumentos de diferente aplicação em cada país analisado.

É o caso das próprias *injunctons* que, originadas já no início da formação do sistema jurídico anglo-saxão, quando os normandos impuseram a sua forma de organização, acabaram por possuir utilização diferenciada na Inglaterra e nos Estados Unidos nos dias de hoje.

O que mais aproxima os sistemas dos dois países são o *adversary system* que, em linhas gerais, é o método de formação e apresentação de provas perante os tribunais, deixada a cargo das partes, e o *stare decisis* que é o elemento vinculante do sistema anglo-saxão, onde a decisão proferida nas cortes vincula os tribunais inferiores.²⁸

No mais, fora a tradicional semelhança, o que se encontra hoje são dois sistemas jurídicos originados de uma mesma fonte, mas que caminham paralelos, cada um com suas particularidades.

Isso em decorrência da própria formação política de cada país.

Como é cediço, os Estados Unidos nasceram de um pacto federativo, o que levou, desde o início, a uma preocupação constante com um modelo eficaz de organização que não abriu mão de uma Constituição escrita. Aliás, talvez seja essa a maior diferença entre os Estados Unidos e a Inglaterra: a supremacia de uma Constituição escrita sobre o Parlamento.

Dessa forma, encontramos de um lado um sistema jurídico muito mais tradicional e fiel às origens, como é o caso da Inglaterra que, com o seu sistema baseado em pessoas (juízes, *solicitors* e *barristers*), contempla hoje dois grandes grupos de cortes: a Corte Criminal e a Corte Civil que atuam sob a égide da *Hight Court of Justice* dividida em *Cancery Divisions*, *Queens Bench Divisions* e *Family Division*.

²⁸ Id. *ibid.*, p. 52.

De outro lado, por sua vez, o sistema norte-americano que ainda guarda em sua essência características tradicionais que, no entanto, por força do contexto, soube se organizar de forma diferenciada, permitindo a existência de tribunais federais e estaduais e, em face da autonomia dos estados-membros, aceitou a necessidade de sistematizar suas regras (*statues*), mantendo a tradição dos precedentes, apesar da dificuldade de vinculação dessas decisões entre as partes da federação.

Assim, conhecendo tais dificuldades e diferenças entre os sistemas anglo-saxão e o romano-germânico e, por fim, as diferenças existentes no próprio quando posto em comparação dentro de seus dois maiores representantes, é que se desenvolve a justificativa da originalidade do mandado de injunção brasileiro em face das *injunctio* inglesa e norte-americana.

3. *INJUNCTIONS*

Superficialmente, pode-se dizer que *injunctio* é uma ordem judicial extraordinária, utilizada em casos especiais para preservar possíveis injustiças, que tem como aplicação, ordenar um indivíduo a fazer ou não fazer algo.

As *injunctio* se confundem com o *equity system* anglo-saxão, tendo sido criadas para efetivar a utilização desse antigo sistema que se baseava e ainda se baseia na observação e ação discricionária, por parte do juiz, para a aplicação de um conjunto de princípios de justiça na solução do litígio. Princípios estes que observam as regras gerais do direito, os costumes, os hábitos e as tradições, criando uma nova regra a ser aplicada na falta de regulamentação ou proteção insatisfatória do *common law*.²⁹

Após a invasão normanda nas ilhas britânicas e o desenvolvimento do antigo sistema de aplicação de regras locais para um sistema único denominado *common law*, como já visto, a Inglaterra passou a desenvolver o seu sistema jurídico sob a égide das *Courts of Common Law*.

Em um segundo momento, a partir do século XIV, e já na Dinastia dos Tudors, em paralelo com as *Courts of Common Law*, surgiu um novo modelo de aplicação do direito, conhecido por *equity system* e aplicado pela *Court of Chancery*.³⁰

²⁹ QUARESMA, op. cit., p. 34.

³⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, op. cit. p.448.

Em comum, ambos os sistemas tinham sua aplicabilidade fundada nos *precedents*, entretanto, o segundo sistema foi criado para complementar o primeiro, para ser utilizado nos casos em que o *common law* não fosse suficiente para resolver o litígio sem, contudo, abrir mão da justiça.

Era esse sistema, fundamentado na “outorga de direito mediante a atuação discricionária de um juízo especial, o Chanceler em sua *Chancery Court*, precisamente quando a falta de regulamentação (falta de *statues*) ou quando o sistema do *common law* não oferecesse suficiente proteção ao direito da pessoa”.³¹

No início do *common law*, diante do litígio, o Rei emitia um *writ* com o objetivo de demonstrar como as cortes deveriam agir no caso em questão. Posteriormente, o *writ* passou a ser emitido por um oficial da confiança do Rei, o *Lord Chancellor*.³²

Como de início os conflitos eram sempre os mesmos, a forma do *writ* era simples, apenas designando o que a corte deveria fazer em determinado caso.

No entanto, as relações sociais da época foram se tornando mais complexas, o que levou ao surgimento de novos conflitos.

Diante de tal quadro, os *writs* simplificados e aplicados a todos os casos emitidos pelo *Lord Chancellor* passaram a não ser suficientes face o número de demandas que começavam a surgir.

Neste momento, em mais um salto evolutivo, surgem as *forms of action*, ou seja, várias formas de ação para cada caso concreto que o indivíduo deveria utilizar ao reclamar perante a corte.

Assim, para cada ação, um *writ* específico era utilizado.

Esses *writs* ou decisões emitidas pelo *Chancellor* deram origem ao sistema paralelo denominado de *equity*.

É nesse contexto que surgiram as *injunctions*, instrumentos para a efetiva aplicação do *equity sistem*.³³

As *injunctions* hoje têm aplicabilidade ampla, “pois que na Inglaterra e nos Estados Unidos, o *writ of injunction* presta-se a solucionar questões de direito público e

³¹ Id, Mandado de Injunção e Habeas Data, p. 11.

³² SOUZA, op. cit., p. 61.

³³ Em comparação com o sistema da *common law*, pode-se afirmar que enquanto este tem decisões baseadas em lei que podem ser escrita (estatuária) ou não, o sistema da equidade tem decisões baseadas no direito da boa razão.

privado, sendo considerado um dos remédios extraordinários (*extraordinary writs: mandamus, injunction ou prohibition, quo warranto e certiorari, oriundos da common law e do equity*)”.³⁴

Cumprir esclarecer aqui que, o termo *writ*, utilizado também na denominação das *injunctions*, vem do direito inglês e significa uma ordem determinando ou proibindo alguém de se fazer algo.

A natureza jurídica dos *writs* é, originariamente, mandamental. Os efeitos desse mandamento é que podem ser constitutivo, condenatório ou declaratório, considerados, entretanto, subsidiários em relação à sua natureza.

Os *writs* podem se apresentar em várias formas: *writ of mainprize, writ de ódio et atia, writ de homine replegiando, writ of habeas corpus, jurisfirma, mandamus, writ of certiorari, writ of prohibition, writ quo warranto, writ of error e writ of injunction*.³⁵

O que particulariza essas formas de *writs* é o procedimento com o qual serão conhecidos, ou seja, um procedimento sumário visando um provimento mandamental.³⁶ Ou ainda, e já no âmbito dos *writs* brasileiros ou instrumentos processuais de garantia de direitos³⁷, são considerados “os guardiões dos Direitos e Garantias Fundamentais, dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.”³⁸

A *injunction*, como instrumento de equidade, possui tais características, ou seja, é “uma ordem com o qual o juiz impõe uma obrigação de fazer ou de não cumprir um ato determinado, cuja violação constitui um atentado ao direito”.³⁹

Inicialmente, as *injunctions* se apresentavam somente na forma proibitória (*prohibitory injunction*), como ordem de não fazer, sendo a ordem de fazer considerada não uma *injunction*, mas um *mandamus*.⁴⁰

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, 12ª edição, p.132.

³⁵ ACKEL Filho, op. cit., p. 8-10.

³⁶ Id. *ibid.*, p. 11.

³⁷ Mandado de Segurança Individual e Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Habeas Corpus e Ação Popular, mais o Direito de Petição que, muito embora seja também uma garantia contemplada pela Constituição de 1988, não é meio específico de provocar o Judiciário, e a Ação Civil Pública que, não prevista no artigo 5º, tem a mesma finalidade das outras garantias quando utilizada contra ato lesivo da Administração Pública. TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 177-212 *passim*.

³⁸ BACHA, op. cit., p.21.

³⁹ SLAIBI Filho, Nagib. Anotações à Constituição de 1988. Aspectos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 265.

Hoje, a forma positiva da *injunction*, a *mandatory injunction*, já foi incorporada ao instituto e, muito embora ainda seja chamada de *mandamus* por alguns autores, se difere deste na medida em que o último se aplica somente contra quem esteja investido de dever público e deva cumprir um preceito constitucionalmente previsto, e a primeira se aplica contra todos.⁴¹

No entanto, essa distinção não é muito clara, posto que tradicionalmente, a *injunction* é mais proibitiva, mais “ordem de não fazer, muito embora possa ser ordem de fazer”.⁴² E, se o *mandamus* é uma ordem para que o indivíduo, na qualidade de agente público cumpra um preceito já garantido constitucionalmente, a modalidade positiva de *injunction*, denominada *mandatory injunction* pode ser utilizada “quando o juiz ordena que se execute a obrigação imposta pelo direito”.⁴³

Assim temos, inicialmente, duas categorias de *injunction*: a *prohibitory injunction* que se presta a “vedar a prática de ato violador de direito” e a *mandatory injunction*, que tem por objetivo “ordenar a prática de ato cuja omissão viola direito”.⁴⁴ A *mandatory injunction* também pode ser admitida como forma de o juiz ordenar “que se execute a obrigação imposta pelo direito”.⁴⁵ Tem-se, portanto que, muito embora a natureza real das *injunctions* seja proibitória, há que se considerar que o instituto em questão também evoluiu, se reinventando em novas formas muito mais presentes no direito norte-americano.

É o que dispõe o Black’s Law Dictionary⁴⁶ quando apresenta oito formas de *injunction*, a saber: *final injunction*, utilizada como garantia quando o direito das partes já são determinados, podendo se corporificar em uma *mandatory injunction* ou em uma *prohibitory injunction*; a *interlocutory injunction* que garante o direito até a audiência final ou até a decisão da corte; a *mandatory injunction* com duas aplicações distintas, a primeira como um comando para que alguém faça alguma coisa e a segunda proibindo a

⁴⁰ O *mandamus* é “um *writ* do common law que consiste em mandamento para que o agente realize determinado ato que constitui seu dever de ofício, nos casos em que o servidor não tem poder discricionário”. ACKEL, op. cit., p. 9.

⁴¹ GUERRA Filho, op. cit., p. 98.

⁴² SILVA, Mandado de Injunção e Habeas Data, op. cit., p. 12.

⁴³ QUARESMA, op. cit., p. 38.

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra omissões legislativas. São Paulo: Max Limonad, 1999, p.159.

⁴⁵ QUARESMA, op. cit., p.39.

⁴⁶ BLACK, Henry Cambell, Black’s Law Dicionary. 3º ed., West Publishing: St. Paul-Minn, 1933, p. 964-965.

parte de se recusar a fazer algo previsto em lei; a *permanent injunction* que permanece válida até decisão final do processo; a *perpetual injunction* declarada ao final do processo como algo definitivo; a *preliminary, provisional* ou *temporary injunction* que é utilizada como garantia para reprimir que a parte faça ou continue fazendo algo, sendo que, de acordo com o resultado final, pode se tornar uma medida perpétua; a *preventive injunction* que proíbe a parte de fazer algo ou ordena que a mesma pare com o ato em andamento; e finalmente, a *special injunction* obtida por meio de uma moção ou petição com aviso para a outra parte, é utilizada para conter um desperdício, dano ou prejuízo à uma propriedade ocasionados por uma festa.

De maneira mais simplificada, entretanto, podemos destacar duas categorias *de injunctions*: a *permanent injunction* e a *interlocutory injunction*, que por sua vez se subdivide em *preliminary injunction* e *temporary injunction*⁴⁷, todas, tanto a da primeira categoria quanto as duas da segunda, podem se apresentar como *mandatory* ou *prohibitory injunction*.

A *permanent injunction* é aquela obtida após o final da discussão do mérito da causa, e a *interlocutory*, em linhas gerais, é obtida durante a pendência do litígio por um período pequeno para prevenir um prejuízo futuro e irreparável.

Subdividida esta última em duas formas, que a princípio possuem pontos em comum, tal qual o procedimento para a sua obtenção, características únicas que as distinguem da *permanent injunction*, podem ser separadas em: *temporary injunction*, obtida *inaudita altera pars*⁴⁸, em caráter cautelar⁴⁹ e *preliminary injunction*, obtida somente após audiência entre as partes⁵⁰.

Cabe aqui uma pequena observação. Obviamente que essa classificação varia de acordo com o entendimento dos autores. Existem aqueles que consideram o instituto apenas sob o prisma positivo-negativo (*mandatory* e *prohibitory*) e outros que, em uma tentativa de estabelecer uma classificação didática, apresentam outras formas de

⁴⁷ DOBBYN, John F. *Injunctions*. West Publishing: Library of Congress, 1999, p. 150-213 *passim*.

⁴⁸ Id *ibid.*, p.181.

⁴⁹ ACKEL Filho, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁰ DOBBYN, *op. cit.*, p 189.

injunctions, tais quais, preliminares, temporárias e interlocutórias⁵¹, ou ainda, interlocutória ou interina e definitiva ou perpétua⁵².

Portanto, tendo isso em vista, fica claro o objetivo desta pequena explanação, qual seja, simplificar, da maneira mais didática encontrada, as várias espécies de *injunctions* para um melhor entendimento e aproveitamento do tema.

Por fim, cumpre esclarecer que, por ter a *injunction* natureza mandamental, o descumprimento de tal ordem acarreta o chamado *contempt of court*, que autoriza, por conta do desacato à corte, a prisão da parte desobediente.

4. CONCLUSÕES: O MANDADO DE INJUNÇÃO E AS *INJUNCTIONS*

Considerando o todo analisado com o objetivo de, ao final, colocar lado a lado o mandado de injunção e as *injunctions*, resta apenas a conclusão de que, de fato, a nossa injunção é um instituto *sui generis*, podendo-se até observar que “o mandado de injunção, que tem nome e origem estrangeira – sobretudo anglo americana – mas tão nacionalizado já em feitura, conteúdo e forma que dificilmente um jurista dos países de origem o reconheceria”.⁵³

De maneira mais genérica, pode-se dizer que a *injunction* hoje, principalmente no direito norte-americano tem uma aplicação muito mais ampla. Utilizada, inicialmente, para as questões privadas (principalmente em relação a contratos e no campo trabalhista)⁵⁴, é ela obtida atualmente para resolver litígios na esfera dos direitos civis e constitucionais, tais como, “direito de livre associação e de palavra, liberdade religiosa, acesso à educação, justiça, etc”⁵⁵.

Bem diferente, portanto, daquela *injunction* criada pelo direito inglês, no âmbito do *equity system*, para ser utilizada quando o *common law* não fosse suficiente para resolver o caso em questão.

⁵¹ ACKEL Filho, op. cit., p. 113.

⁵² PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Mandado de Injunção. São Paulo: Atlas, 1999, p. 32.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11º ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p.505.

⁵⁴ PFEIFFER, op. cit., p. 33.

⁵⁵ QUARESMA, op. cit., p. 39.

Aliás, a própria *injunction* inglesa, que ainda carrega toda a tradição dos primórdios do *common law*, é muito mais proibitiva do que a norte-americana, quiçá de nosso mandado de injunção.⁵⁶

Anote-se, entretanto que, apesar da imensa mudança na utilização, a *injunction*, tanto inglesa quanto norte-americana ainda é um instituto da equidade, sistema este de ampla e importante utilização prática no direito dos dois países.

O *writ of injunction*, ao que consta, passou a ser utilizado nos Estados Unidos por volta de 1870.⁵⁷

Desde então, sofreu modificações, evoluiu e hoje é muito utilizado naquele país.

Muito embora possa guardar algumas semelhanças com o mandado de injunção, não há que se considerar esse último como mera cópia daquele.

Isso porque, além das muitas diferenças que ambos guardam entre si, uma chama mais a atenção. Trata-se da utilização prática dos dois remédios. Senão vejamos.

Apesar de se constatar que tanto a *injunction* norte-americana quanto o mandado de injunção possam ser instrumentos de combate à inconstitucionalidade⁵⁸, constata-se que o segundo trata de casos onde ocorre omissão legislativa (falta de norma regulamentadora) e o primeiro refere-se a um ato omissivo que, devendo cumprir norma existente, não o faz.

Note-se que essa pequena diferença interpretativa afasta demasiadamente os dois remédios. De um lado a omissão é legislativa, de outro, a omissão é do ato.

Outra distinção interessante coloca no âmbito de comparação outro instituto muito comparado à *injunction* norte-americana mas que, a exemplo do mandado de injunção, também não guarda parentesco tão próximo.

Trata-se do *juicio de amparo* mexicano. Mais próximo da tendência brasileira, este instituto é utilizado contra leis e atos do Poder Público, enquanto que a *injunction* em questão se presta a atacar, além de agentes públicos, também pessoas privadas.⁵⁹

⁵⁶ Para alguns autores, essa *injunction* inglesa de caráter proibitivo também possui a modalidade positiva, sendo que esta se assemelha muito mais à ação cominatória e aquela ao interdito proibitivo. SILVA, José Afonso. Mandado de Injunção e Habeas Data, op. cit., p.12.

⁵⁷ QUARESMA, op. cit., p. 37.

⁵⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Revistados Tribunais, 1995, p. 75.

⁵⁹ PACHECO, O Mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas. 3º ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 367.

Àqueles que consideram o mandado de injunção um remédio diretamente influenciado pelas *injunctio* norte-americanas, resta a justificativa de que ambos claramente baseiam-se em um juízo de equidade.

Entretanto, essa justificativa leva a uma conclusão forçada.

Obviamente que a equidade está presente no direito brasileiro na medida em que nossos juízes também buscam o justo baseado em uma série de princípios. Mas não da forma como é utilizada no direito anglo saxão. Tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, a equidade é tão importante quanto ao próprio *common law*, e atua como resultado direto desta última, que enseja um sistema jurídico indutivo e não dedutivo como é o caso de nosso direito, muito mais compromissado com os códigos do que o direito baseado nos precedentes.

Outra semelhança entre o mandado de injunção e a *injunctio* norte-americana reside no fato de que ambos buscam dar efetividade a direitos previstos constitucionalmente, utilização esta não encontrada na *injunctio* inglesa.

Entretanto, só isso não basta como justificativa de parentesco, posto que, a julgar o campo de atuação já declarado acima, a diferença primordial que surge é muito profunda. Como falar em parentesco entre os institutos quando um, o mandado de injunção, se aplica quanto às normas carentes de regulamentação que, na inércia do legislador, geram uma omissão a ser sanada, teoricamente, pelo instituto no caso concreto, e o outro, a *injunctio*, que é dirigida às normas auto-aplicáveis, não carentes de regulamentação?

E é justamente essa diferença que aproxima o mandado de injunção da *injunctio* inglesa. Ambos conferem ao impetrante proteção na ausência de lei. Porém, “a *injunctio* inglesa não possui o caráter de potencializar os efeitos de normas constitucionais que, não obstante estarem em vigor, dependem, para a produção de efeitos plenos, da edição de norma regulamentadora”⁶⁰. Dessa forma, tem-se que a *injunctio* inglesa se aplica no vácuo legislativo, ou seja, quando o *common law* não for suficiente para analisar o caso em concreto.

Por fim, resta declarar a utilização muito mais restritiva de nosso mandado de injunção, aplicável quando, na falta de norma regulamentadora, fica prejudicado o direito já assegurado, mais as prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e

⁶⁰ PFEIFFER, op. cit., p. 32.

REVISTA ELETRÔNICA DA
FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

www.revista.direitofranca.br

v. 7, n.1, jul/2013, ISSN: 1983-4225

cidadania, necessitando-se, assim, que se viabilize o exercício de tal direito. Assim, este é um campo mais do que perfeito para a aplicação do princípio da identidade, onde, obviamente, uma coisa é uma coisa e outra coisa é outra coisa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL Filho, Diomar. *Writs Constitucionais (Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data)*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES Júnior, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BACHA, Sérgio Reginaldo. *Mandado de Injunção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 3º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22º ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BLACK, Henry Cambell. *Black's Law Dictionary*. West Publishing: St. Paul-Minn, 1933.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11º ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CRETILLA Júnior, José. *Os writs na Constituição de 1988. Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data, Habeas Corpus, Ação Popular*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

DANTAS, Ivo. *Mandado de Injunção. Guia Teórico e Prático*. Rio de Janeiro: Aíde, 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 9º ed. São Paulo: Atlas, 1998.

DOBBYN, John F. *Injunctions*. West Publishing: Library of Congress, 1999.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

REVISTA ELETRÔNICA DA
FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

www.revista.direitofranca.br

v. 7, n.1, jul/2013, ISSN: 1983-4225

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*. 12º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 2º ed. São Paulo: Atlas, 1997.

PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e outras ações constitucionais*. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

QUARESMA, Regina. *O Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por omissão. Teoria e Prática*. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RODRIGUEZ, José Julio Fernandez. *La inconstitucionalidad por omission*. Espanha: Civitas, 1998.

SCARMAN, Lorde Leslie. *O Direito Inglês. A nova dimensão*. Tradução de Inez Tóffoli Baptista. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 1978.

SIDOU, J. M. Othon. *"Habeas Corpus", Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, "Habeas Data", Ação Popular*. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15º ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Mandado de Injunção e Habeas Data*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SLAIBI Filho, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988. Aspectos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SOUZA, Gustavo Emílio Contrucci Alexandrino de. *Injunctions e algumas decisões jurisdicionais no processo civil brasileiro: uma visão comparativa*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

TEMER, Michel. *Curso de Direito Constitucional*. 13º ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

THIBAU, Tereza Baracho. *O Habeas Data*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.