

## |CAPÍTULO III|

# OS SISTEMAS NORTE-AMERICANO E MEXICANO

### 1. Sistema norte-americano

Não foi a lei, mas a jurisprudência, que traçou os princípios cardeais do direito administrativo norte-americano; por outro lado, naquele país a Administração se encontra submetida ao mesmo direito e aos mesmos órgãos jurisdicionais que o indivíduo em geral, opostamente, portanto, ao sistema francês, onde, como vimos, há um direito e uma jurisdição específicos para a Administração Pública.

Nos Estados Unidos, é importante a separação entre a decisão administrativa possuir força executiva, ou não a possuir. No primeiro caso, a decisão deve ser imediatamente acatada por quantos o seu comando alcance, salvo se intentarem uma ação afirmativa para anular aquela decisão. Essa tentativa é realizada por meio de um recurso apresentado aos tribunais competentes. No segundo, como a decisão administrativa não é dotada de força executiva, a elas somente se submetem os indivíduos se a Administração Pública obtém a sua execução perante os tribunais, mediante pedido especial.

Pelo sistema norte-americano, como se percebe, sempre que a decisão administrativa possuir força executiva a ela devem submeter-se todos os indivíduos, a menos que consigam anular, por via de recurso apresentado aos tribunais, a aludida decisão.

Em princípio, sempre que o ato administrativo causar lesão a direito do indivíduo, este poderá ajuizar ação de perdas e danos diante do próprio funcionário que tenha praticado o ato, ao qual caberá responder, se for o caso, com seu patrimônio pessoal pelos danos acarretados ao autor da ação. Há situações, todavia, em que dita ação se toma inadequada, seja porque o patrimônio do funcionário não suportará os efeitos da condenação, seja porque a natureza do dano causado não enseja o uso dessa ação. Em razão disso, o direito daquele país prevê determinados remédios extraordinários, de caráter jurisdicional, destinados a complementar o sistema de proteção dos indivíduos contra os atos ilegais da Administração.

A despeito de a legislação norte-americana não haver cogitado do que se poderia chamar de instituto do desvio de poder, como há na França, a jurisprudência já admitiu, em alguns casos, a possibilidade de anulação do ato administrativo praticado mediante desvio de poder.

No conjunto dos remédios extraordinários que o sistema em estudo reserva para completar o aparato de meios protectivos do indivíduo, de que falamos há pouco, os *writs* são os mais característicos. Dentre esses *writs* (cujo vocábulo significa, na terminologia jurídica, documentos pelos quais o juiz determina a realização de um ato ou a sua abstenção), sobressaem o *injunction*, o *mandamus*, o *prohibition*, o *quo warranto* e o *certiorari*.

Analisemos, a seguir, ainda que a voo de pássaro, esses *writs*, ressaltando, antes, o fato de que os tribunais norte-americanos possuírem ampla discricionabilidade no que respeita ao acolhimento ou à rejeição dos pedidos de concessão desses remédios, que, aliás, apenas poderão ser deferidos se inexistir meio legal adequado para alcançar os objetivos do *writ*.

*Mandamus*. É um *writ* usado para obrigar o funcionário a realizar ato de seu ofício, quando a este faltar o poder discricionário. Havendo esse poder, o servidor poderá ser compelido a praticar o ato, embora possa fazê-lo de maneira discricionária.

A ordem pode ser emitida logo no início da causa, ou após oitiva do funcionário. No primeiro caso, diz-se que é alternativo; no segundo, peremptório. Assinala Swenson que esse *writ* tem caráter nitidamente pessoal, equivale a dizer, é dirigido ao servidor, não ao cargo por ele ocupado, bastando ver que se ele deixar o cargo, nova ordem deverá ser dada ao seu sucessor, conquanto existam algumas exceções a essa regra.<sup>(14)</sup>

É interessante destacar que o *mandamus* não pode ter como destinatário o Presidente da República, pois a competência ou as atribuições deste decorrem da Constituição, motivo por que a sua responsabilidade só existe ante a Nação; na maioria das situações, também não se permite que esse tipo de *writ* seja expedido contra Secretários de Estado.<sup>(15)</sup>

*Injunction*. Essa ordem tem origem na *equity* e o seu escopo é impedir a prática de ato capaz de provocar danos irreparáveis a direito do interessado. Se dada sem audiência da parte adversa, é denominada de *ex parte restraining orders*; se com audiência do adversário (mas com efeitos somente até o término da demanda), *temporary* ou *interlocutory*; se depois de proferida a sentença, *permanent*.

---

(14) *Federal Administrative Law*. Nova York: 1952, p. 215.

(15) RABASA, Oscar. *El Derecho angloamericano*. México: 1944, p. 543.

Será, ainda, *mandatory*, quando tiver conteúdo positiva, *prohibitory*, quando negativo, podendo ser utilizada pelo particular contra a Administração pública; por esta contra aquela ou mesmo entre particulares.

*Prohibition*. Somente em casos excepcionais esse *writ* é utilizado para o controle dos atos administrativos. Costumeiramente, serve como instrumento destinado ao controle das Cortes inferiores, impedindo-as, *v.g.*, de julgar sem jurisdição.<sup>(16)</sup>

*Quo warranto*. Embora essa ordem possa ser empregada contra atos da Administração, ela não se presta para assegurar direitos privados, sendo, em regra, solicitada em nome do povo, para protegê-lo da usurpação ilegal de cargos ou de privilégios. Por esse motivo, a iniciativa para postulá-la é, quase sempre, do procurador ou do órgão do Ministério Público, com a finalidade não de transferir a alguém o direito à nomeação, e sim de declarar a legalidade, ou não, do título do ocupante do cargo.<sup>(17)</sup>

*Certiorary*. Trata-se de um *writ* ao qual se atribui a função de provocar a revisão de atos administrativos de natureza próxima à judicial. Não se dirige à reforma das decisões emitidas pelas autoridades inferiores, mas a anulá-las. A sua utilização, atualmente, se dá com maior intensidade no plano da justiça estadual, porquanto a Suprema Corte, em pronunciamento feito na primeira década deste século, restringiu o seu uso na esfera da Justiça Federal. Em termos práticos, a ordem em questão visa a fazer com que o tribunal superior determine ao inferior que lhe encaminhe, para revisão, algum caso, que esteja pendendo de julgamento ou já tenha sido julgado, para verificar se houve, ou não, lesão de direito.

Sob o aspecto do procedimento, dispõe o Regimento Interno da Suprema Corte que esses *writs* devem obter licença para serem postulados. Exige-se que a solicitação de licença e o pedido de emissão da ordem sejam comunicados ao juiz que tenha praticado o ato impugnado. A parte contrária deverá ser intimada desse podido (art. 31, 1 e 3).

Do ponto de vista histórico, é importante assinalar que o *writ of mandamus* e o *injunction* constituem criação do direito inglês.

O *injunction* era utilizado pelo chanceler do Rei para corrigir os efeitos das regras da *common law*, sendo esse *writ*, inicialmente, considerado como uma espécie de guardião da consciência do Rei, em decorrência do modo extremado com que era empregado. Lembre-se, *p. ex.*, que o chanceler podia impedir a parte interessada de promover a execução de uma decisão que lhe fora favorável,

---

(16) Swenson, *idem*, p. 216.

(17) RABASA, Oscar. *idem*, p. 649.

sob o argumento de que ele, chanceler, discordava da decisão.<sup>(18)</sup> Os precedentes da *injuction* parecem ter sido o *writ of prohibition* e o *writ of estrepement*, ambos figurando como ações do *common law*.

O *writ of mandamus* vem desde a época de Eduardo III, em que o Rei, fonte da justiça e do poder, dominando o King's Bench, concedia a ordem a seu talante. Nos primeiros tempos, esse *writ* era passado sob a forma de uma carta dirigida à autoridade à qual o Rei impunha a prática do ato; posteriormente, o *mandamus* toma-se um *writ* comum, expedido pelo King's Bench.

## 2. Sistema mexicano

No Capítulo anterior (II), pudemos demonstrar que, já nos primeiros tempos de nossa vida republicana, alguns estudiosos se preocupavam em argumentar sobre a necessidade de o ordenamento jurídico brasileiro ser dotado de um instrumento capaz de proteger, com eficácia e presteza, os direitos individuais ameaçados de lesão, ou mesmo lesados, por ato de autoridade. A fonte dessa inspiração era, sem dúvida, o *juicio de amparo* mexicano, ao qual o Ministro Muniz Barreto fez expressa referência, por ocasião do Congresso Jurídico realizado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1922.

Ainda que o mandado de segurança concebido pelo gênio brasileiro não tenha, na realidade, reproduzido a estrutura, nem consagrado a finalidade próprias do amparo mexicano, é de grande relevância histórica um estudo, mesmo que breve, desse instituto estrangeiro.

Entende Trueba Urbina que o *juicio de amparo* teria aparecido na Constituição mexicana de 1824, na parte em que atribuía à Corte Suprema competência para apreciar ofensa a normas legais; essa mesma Constituição dispunha sobre a tutela dos direitos individuais.<sup>(19)</sup> Argumenta Rabasa, no entanto, que a referida Constituição não declarou a preeminência de suas disposições sobre as demais leis, nem possuía um capítulo que enumerasse as garantias individuais, certamente porque os constituintes mexicanos do período ainda não conheciam a instituição que havia surgido no sistema norte-americano (juízo constitucional).<sup>(20)</sup>

Outros estudiosos sustentam que o tema foi objeto da Constituição de 1836, ao instituir um órgão de cunho político denominado de Supremo Poder Conservador, cuja função era a de declarar a nulidade dos atos contrastantes com a Constituição, praticados por um dos três poderes. Notícia, porém, Ramirez

---

(18) Tunc et Tunc. *Le système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, Vol. 2, n. 259, p. 304.

(19) RABASA, Oscar. *Nueva legislación de amparo*, 4. ed., p. 10.

(20) *El derecho angloamericano*, p. 633.

que esse Poder Moderador, durante cinco anos, interveio somente em quatro casos e, mesmo assim, em nenhum deles com o escopo de promover a defesa do texto constitucional.<sup>(21)</sup>

Predomina, todavia, o entendimento de que as origens do *juicio de amparo* estão no projeto de Constituição elaborado para o Estado de Yucatan, em 1840, por D. Manuel Crescêncio Rejón. Sob forte influência do sistema norte-americano, esse projeto estabeleceu um conjunto de garantias constitucionais e atribuiu ao Poder Judiciário a competência para fazê-las respeitar. Estava assim redigido o seu ad. 53: *Corresponde a este tribunal reunido (Corte Suprema de Justicia del Estado): 1 Amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección contra las leyes y decretos de la Legislatura que sean contrarios a la Constitución; o contra las providencias del Gobierno e Ejecutivo reunido, cuando en ellas se hubiesen infringido el Código Fundamental o las leyes, limitándose en ambos casos a reparar el agravio en la parte en que éstas o la Constitución hubiesen sido violadas, complementando o art. 63: Los juices de primera instancia ampararán en el goce de los derechos garantizados (los individuales que antes enumera) a los que les pidan su protección contra cualesquiera funcionarios que no correspondan al orden judicial, decidiendo breve y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados (destacamos).*

Discutido no Congresso Constituinte de 1842, reunido para promulgar a nova Carta Suprema, e tratado em quase todos os programas dos Deputados do Distrito Federal, de novembro de 1846, o *juicio de amparo* acaba por aflorar na *Acta de Reformas de 1847*:

*Los frecuentes ataques de los poderes de los Estados y Federación a los particulares, hacen urgente que, al restablecerse la Federación, se dé a aquéllos una garantía personal; esta garantía sólo puede encontrarse en el Poder Judicial, protector nato de los derechos de los particulares y por esta razón el solo conveniente [...] en Norteamérica este poder salvador provino de la Constitución y ha producido los mejores afectos. Allí el juez tiene que sujetar sus fallos, antes que todo a la Constitución y de aquí resulta que cuando la encuentra en pugna con la ley secundaria, aplica aquélla y no esta, de modo que sin hacerse superior a la ley ni ponerse en oposición contra el Poder Legislativo, ni derogar sus disposiciones, en cada caso en que ella debía herir, la hece impotente. Una institución semejante es del todo necesaria entre nosotros [...] también se necesita extender un poco más la acción del Poder Judicial de la Unión, muy imperfectamente organizada en la Constitución Federal y sobre todo, elevar la condición y asegurar la independencia de un tribunal llamado a representar en el campo político un papel tan importante como el del Supremo Poder Judicial.*

---

(21) RAMIREZ, Felipe Tena. *Derecho constitucional mexicano*. p. 441.

Constava, ainda, do art. 25:

*Los tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que les conceden esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya sea de la Federación, ya del Estado, limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre el que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motive.*

Registra Trueba Urbina que essas ideias foram concebidas por D. Mariano Otero, que, em razão disso, passou a ser considerado o criador do *juicio de amparo* (39). Nota-se, com efeito, que estão presentes no pensamento de Otero as três ideias essenciais que delineiam o instituto: a) a apreciação do ato lesivo deve ser feita por juízo especial e não mediante recurso; b) somente os tribunais federais devem ter competência para conhecer a queixa; c) não se admite a possibilidade de haver pronunciamento genérico sobre a lei ou os atos que a tenham violado.

A fórmula concebida por Otero foi consagrada pela Constituição de 1857; a contar daí, o instituto passou a ser permanentemente aprimorado, chegando a ter o seu alcance estendido para os casos de ofensa perpetrada por autoridades judiciárias, e não apenas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Se considerarmos as três ideias fundamentais, antes referidas, veremos que o *juicio de amparo* não traduz um instrumento de defesa direta do texto constitucional, e sim de defesa do indivíduo diante do Estado; apenas de modo secundário e indireto haverá aí resguardo da Constituição.

Uma das características do *amparo* está no fato de provocar a suspensão do ato impugnado, impedindo, com isso, que a violação modifique o estado anterior. O efeito prático dessa medida é o de restabelecer, de imediato, o gozo do direito lesado, e também de evitar que se consumem certos prejuízos que exigiriam reparação em dinheiro.<sup>(22)</sup>

Pode o amparo ser utilizado, também, contra a lei. Legitimado para isso será o particular que tenha sido prejudicado, em seus direitos, pela norma legal. Após uma hesitação inicial, o direito mexicano admitiu a possibilidade de essa ação ser exercida contra lei em tese, ou seja, contra norma legal que não tenha sido ainda executada. O requisito essencial, para o ajuizamento da ação, é o dano que a lei possa acarretar ao indivíduo; esse dano não deve ser hipotético, mas real, assim entendido todo aquele cuja ocorrência possa ser razoavelmente constatável.

---

(22) DE PINA, Larrañaga e De Pina. *Instituciones de derecho procesal civil*. p. 518

O juiz, no julgamento do amparo, deve ater-se a declarar o direito alegado pelo particular, seja esta pessoa física ou jurídica, no caso concreto, não lhe sendo permitido formular um pronunciamento genérico a respeito da lei ou do ato atacado. A sentença pode ser de conteúdo positivo ou negativo. Na primeira hipótese, concede-se o amparo com a finalidade de devolver à parte a plenitude da fruição do direito violado, restituindo-se, assim, a situação ao *status quo ante*; na segunda, o escopo desse remédio será compelir a autoridade responsável a respeitar a garantia e a atender ao que ela impõe.

A sentença lançada nos autos da ação de amparo submete-se ao fenômeno jurídico da coisa julgada material, cujo limite subjetivo será intraprocesso.

## INSTITUTOS AFINS

Para melhor compreensão do campo de incidência da ação de mandado de segurança, será de toda conveniência estudarmos alguns institutos jurídicos com os quais esta mantenha alguma afinidade.

### 1. Mandado de injunção

Conforme havíamos narrado em escrito anterior, dentre os direitos materiais que a Constituição Federal de 1967 — com a Emenda n. 1/69 — dizia assegurar aos trabalhadores, alguns, como a participação nos lucros e na gestão e a estabilidade no emprego (art 165, V e XIII), não puderam ser imediatamente exigidos quando entrou a vigor aquele Texto, por não serem autoaplicáveis (*seff executing*) os dispositivos que os previam.

Em face disso, a classe trabalhadora brasileira, embalada por melífluas esperanças, pôs-se a aguardar que, em dado momento, o legislador ordinário editasse as normas regulamentadoras necessárias à plena fruição de tais direitos. Iludiu-se, contudo, pois esse período de resignada espera consumiu, sem sucesso, mais de vinte anos; só então é que os trabalhadores puderam compreender — agora amargamente — que certas discussões doutrinárias, tendo como núcleo o conceito de normas de eficácia limitada, de eficácia contida e de normas programáticas, quando colocadas a serviço de interesses e conveniências esquivas de grupos influentes, podem fazer com que os direitos e as garantias constitucionais sejam reduzidos, no plano da realidade prática, à mera retórica constitucional, derivante dessa habilidosa forma de protelar a suplementação normativa imprescindível à efetivação da vontade constitucional.<sup>(23)</sup>

Atentos à advertência de que desprezar as lições da História implica ser virtualmente condenado a vê-la repetida em proporções mais graves, os constituintes brasileiros de 1988, inspirados no direito alienígena, cuidaram de inscrever na Carta promulgada a 5 de outubro do ano citado uma nova e salutar

---

(23) “Mandado de injunção e direitos sociais”, in *Relações Coletivas de Trabalho* — Estudos em homenagem ao Min. Arnaldo Süssekind —, São Paulo: LTr, 1989, págs.186/201.

manifestação do direito público subjetivo de invocar-se a prestação da tutela jurisdicional do Estado: o mandado de injunção (*sic*).<sup>(24)</sup>

Como é compreensível, essa peculiar modalidade de ação “constitucionalizada”, por não pertencer à nossa tradição normativa — seja constitucional ou ordinária — fez surgir, desde logo, uma série de dúvidas e de perplexidades acerca de sua natureza, origem, finalidade e o mais, que tomaram de assalto o espírito de quantos procuraram debruçar-se sobre a novidade.

a) Autoaplicabilidade do art. 5.º, LXXI, da CF

A primeira indagação, que se formulou foi no sentido de saber se o inciso LXXI do art. 52 da Constituição Federal, que se ocupa do “mandado” de injunção, seria provido de autoexecutoriedade.

Em livro anterior, escrevemos:

*Se fôssemos deixar-nos impressionar por uma leitura inicial da regra mencionada, a conclusão inevitável, que daí haveríamos de tirar, seria de que se trata de norma de eficácia contida (destituída, pois, de aplicação imediata), na medida em que a sua expressão literal não indica, dentre outras coisas, o momento a partir do qual se pode pedir o “mandado” de injunção; quem se encontra legitimado (ordinária e extraordinariamente) para isso; qual o objeto dessa ação; qual a sua finalidade; que efeitos o pronunciamento jurisdicional acarreta; qual o procedimento a ser observado etc.*

*Uma tal inferência, entretanto, seria juridicamente aceitável se não fosse irônica — para não dizermos trágica e perversa.*

*Efetivamente, tendo em vista o fato essencial de que a ação em pauta foi ideada, fundamentalmente, para tornar possível o exercício dos direitos e garantias constitucionais assegurados aos indivíduos e às coletividades sempre que o legislador ordinário omitir-se na elaboração da norma regulamentadora, seria, quando menos, render culto à ironia imaginar que a regra constitucional instituidora da ação injuntiva, para ter eficácia, dependesse, também, de regulamentação legislativa (ordinária ou complementar)! Irrisão! — haveria de exclamar, indignado, o jovem Hamlet, em meio às brumas do castelo de Elsinor, no reino da Dinamarca.*

*Nossa opinião, porém, não é filha apenas desse argumento; outros há, que a robustecem. O primeiro vem da cronologia dos próprios trabalhos legislativos*

---

(24) Tentaremos demonstrar, mais adiante, que a ação em exame, ao contrário do que vem sustentando a maioria dos comentaristas do instituto, não conduz à emissão de nenhum mandado judicial. Daí, o cuidado que teremos em trazer sempre aspado o vocábulo “mandado”, em sede de ação injuntiva.

e nos mostra que no Título II, Capítulo I, do Projeto de Constituição elaborado pela Comissão de Sistematização, estava inserido o art. 51, cujo § 6.º estatuiu:

*“Conceder-se-á mandado de injunção, na forma da lei, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania” (sublinha mos).*

*Vê-se, portanto, que o atual inciso LXXI do art. 5.º, da Suprema Carta reproduziu, em linhas gerais, a dicção do precitado Projeto, havendo, contudo, suprimido o aposto representado pela locução ‘na forma da lei’. Ora, se é certo, como proclama o arraigado princípio, que os textos legais não contêm termos inúteis, não menos verdadeiro é que as supressões ou modificações de parte dos enunciados normativos (ainda que na fase de projeto) não constituem obra do acaso. Isto significa dizer que, ao eliminar a referência feita, no Projeto, à lei (ordinária ou complementar) regulamentadora, o constituinte teve a inequívoca intenção (mens) de fazer com que o inciso LXXI do art. 5.º da Constituição em vigor se revestisse de autoexecutoriedade, a despeito das eventuais dificuldades de ordem prática que daí pudessem advir.*

*Por outro lado, se ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’, como declara o § 1.º do art. 5.º, da Constituição, não nos parece sensato recusar-se autoaplicabilidade ao inciso LXXI do mesmo artigo, que se destina a tomar viável o exercício dos direitos sociais inscritos no Título I, pertinente aos direitos e garantias **fundamentais**, de que fala o sobredito § 1.º dessa norma.*

*Não nos esqueçamos das lições da História [...]*

*Em resumo, nada obstante entendamos ser de eficácia plena e de aplicação imediata o inc. LXXI, do art. 5.º, da Constituição, **não implica renúncia a esse parecer o nosso reconhecimento de ser aconselhável a sua regulação legislativa, como medida tendente a uniformizar a disciplina e o manejo da ação injuntiva, inibindo, com isso, o estabelecimento de disputas doutrinárias sobre o assunto; enquanto não sobreviver essa regulamentação, caberá à jurisprudência a tarefa de preencher esse vazio, fornecendo, quem sabe, ao legislador ordinário elementos prudentemente depurados pela prática, a fim de que a norma legal venha a ser elaborada sem risco de contraste com a realidade em que deverá incidir.***

*(O Mandado de Segurança na Justiça do Trabalho. São Paulo: Editora LTr, 4.ª edição, 2017, pág. 70).*

Pois bem. Decorridos, alguns anos, surge a norma ordinária regulamentadora. Trata-se da Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016, que transcreveremos a seguir:

*Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências.*

*O VICE - PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício do cargo de PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:*

*Art. 1º Esta Lei disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, nos termos do inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal.*

*Art. 2º Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.*

*Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.*

*Art. 3º São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2º e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora.*

*Art. 4º A petição inicial deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual e indicará, além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado.*

*§ 1º Quando não for transmitida por meio eletrônico, a petição inicial e os documentos que a instruem serão acompanhados de tantas vias quantos forem os impetrados.*

*§ 2º Quando o documento necessário à prova do alegado encontrar-se em repartição ou estabelecimento público, em poder de autoridade ou de terceiro, havendo recusa em fornecê-lo por certidão, no original, ou em cópia autêntica, será ordenada, a pedido do impetrante, a exibição do documento no prazo de 10 (dez) dias, devendo, nesse caso, ser juntada cópia à segunda via da petição.*

*§ 3º Se a recusa em fornecer o documento for do impetrado, a ordem será feita no próprio instrumento da notificação.*

*Art. 5º Recebida a petição inicial, será ordenada:*

*I - a notificação do impetrado sobre o conteúdo da petição inicial, devendo-lhe ser enviada a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste informações;*

*II - a ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, devendo-lhe ser enviada cópia da petição inicial, para que, querendo, ingresse no feito.*

*Art. 6º A petição inicial será desde logo indeferida quando a impetração for manifestamente incabível ou manifestamente improcedente.*

*Parágrafo único. Da decisão de relator que indeferir a petição inicial, caberá agravo, em 5 (cinco) dias, para o órgão colegiado competente para o julgamento da impetração.*

*Art. 7º Findo o prazo para apresentação das informações, será ouvido o Ministério Público, que opinará em 10 (dez) dias, após o que, com ou sem parecer, os autos serão conclusos para decisão.*

*Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:*

*I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;*

*II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.*

*Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do **caput** quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.*

*Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.*

*§ 1º Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.*

*§ 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.*

*§ 3º O indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios.*

*Art. 10. Sem prejuízo dos efeitos já produzidos, a decisão poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito.*

*Parágrafo único. A ação de revisão observará, no que couber, o procedimento estabelecido nesta Lei.*

*Art. 11. A norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos **ex nunc** em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.*

*Parágrafo único. Estará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito.*

*Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:*

*I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;*

*II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;*

*III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;*

*IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.*

*Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.*

*Art. 13. No mandado de injunção coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 9º.*

*Parágrafo único. O mandado de injunção coletivo não induz litispendência em relação aos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência*

*da demanda individual no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva.*

*Art. 14. Aplicam-se subsidiariamente ao mandado de injunção as normas do mandado de segurança, disciplinado pela Lei no 12.016, de 7 de agosto de 2009, e do Código de Processo Civil, instituído pela Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e pela Lei no 13.105, de 16 de março de 2015, observado o disposto em seus arts. 1.045 e 1.046.*

*Art. 15. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.*

*Brasília, 23 de junho de 2016; 195ª da Independência e 128ª da República.*

*MICHEL TEMER*

*Alexandre de Moraes*

*Fábio Medina Osório*

*Este texto não substitui o publicado no DOU de 24.6.2016*

## **b) Pressuposto onto-teleológico**

O exercício da ação injuntiva — como evidencia o aludido inciso LXXI do art. 5.º — pressupõe a inexistência de norma regulamentadora (lei ordinária ou complementar), que torne viável a realização dos direitos e garantias constitucionais assegurados aos indivíduos em geral, e aos trabalhadores em particular (art. 7.º).

Nisso reside, pois, o sentido onto-teleológico (causa e finalidade) da ação *sub examen*, que representa, segundo cremos, um dos mais lúcidos e expressivos momentos de criação constitucional — exceto se não possuímos sensibilidade suficiente para captar a sua real função em nosso ordenamento jurídico. Podemos mesmo dizer que essa ação traduz um engenhoso mecanismo de preservação do prestígio, da respeitabilidade e — em última análise — da própria sobrevivência da nova ordem constitucional, porquanto, finalisticamente, é dotada de eficácia bastante para fazer com que, em concreto, as coisas se disponham de acordo com a vontade abstrata que emana da Suprema Carta Política.

Não ignoramos, porém, o fato de que se as normas constitucionais vierem, um dia, a ser regulamentadas em sua plenitude, a relevância que o mandado de injunção hoje ostenta ficará extremamente reduzida, pois terão sido eliminados, com isso, os espaços vitais que justificam, presentemente, a sua existência em nossa complexa estrutura normativa; segundo esse prisma, não será desassizado afirmar que a utilidade da injunção poderá ser, apenas, temporária, a menos que a incúria do legislador instile nessa nova modalidade de ação o substrato da longevidade.

Dúvida, que talvez possa vir a assenhorear-se do espírito dos estudiosos, respeita à necessidade de certa norma constitucional — objeto da ação injuntiva — ser, ou não, regulamentada. Caso o tribunal conclua pela autoexecutoriedade do preceito, não somente faltará, na hipótese, o pressuposto essencial para o acolhimento do pedido, como o autor deverá ser declarado carecente da

ação, em decorrência da sua manifesta falta de interesse processual, porquanto ausente qualquer utilidade ou necessidade a que o provimento jurisdicional possa atender.

Não se pode negar, entretanto, que na espécie o autor teria alcançado, ainda que por vias transversas, o seu desiderato, pois ao entender o tribunal que a norma é autoaplicável (e, em consequência, declará-lo carecedor da ação), estará a fornecer-lhe poderoso argumento para formular, mais tarde, perante o juízo competente, pretensão calcada no direito material previsto na Constituição da República, ao qual o juízo de injunção reconheceu eficácia plena.

Lançados esses escólios, vejamos, agora, se a ação de que estamos a cuidar pode ser ajuizada com o objetivo de tornar viável o exercício dos direitos mencionados no art. 7.º, da Constituição, vale dizer, os direitos trabalhistas.

Julga o Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho que a referência efetuada pelo art. 5.º, LXXI, às prerrogativas “inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” repele a utilização do “mandado” de injunção como instrumento destinado a tornar possível o exercício dos denominados direitos sociais, uma vez que essas prerrogativas se encontram vinculadas, unicamente, aos *status* da nacionalidade<sup>(25)</sup>.

Dissentimos, *venia permissa*, do ilustre publicista, por, no mínimo, duas razões. Em primeiro, porque o texto em questão refere, também (e antes), os direitos constitucionais; ninguém, por certo, haverá de sentir-se à vontade para sustentar que os direitos sociais, de que se ocupa o art. 7.º, não pertencem à classe constitucional. Sob esse aspecto, é significativo o fato de o art. 5.º, inc. LXXI, da Constituição, haver incorporado a expressão “dos direitos”, que não estava no texto do anteprojeto preparado pela Comissão de Sistematização (art. 51, § 6.º). Em segundo, a prevalecer a opinião daquele eminente jurista, ficaria difícil entender-se o motivo pelo qual o constituinte, ao redigir o art. 105, I, “h”, da Constituição em vigor — que dispõe sobre a competência do Superior Tribunal de Justiça — ressaltou a competência da Justiça do Trabalho; ora, se a ação injuntiva só se presta à tarefa de tornar viável o exercício dos direitos adjungidos apenas ao *status* da nacionalidade, porque razão teria o constituinte preservado (por força da antedita ressalva) a competência especializada da Justiça do Trabalho em sede de injunção? *A contrario sensu*, que prerrogativas iminentes à cidadania, à nacionalidade e à soberania deveriam ser tomadas efetivas por esta Justiça, quando se sabe que temas dessa natureza não se quadram à sua competência material, constitucionalmente estabelecida? (Const. Fed., art. 114).

Ponha-se de parte, em definitivo, a suposição de que a tutela injuntiva não possa ser invocada para assegurar o exercitamento dos direitos (e não se trata

---

(25) *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 20/1988, p. 297 e segs.

de meras expectativas, como imagina Ferreira Filho) enumerados pelo art 7.º da Constituição — propositadamente emoldurados pelo Título II, que versa “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*” (destacamos).

#### c) Momento em que a ação injuntiva pode ser exercida

Como vimos, o pressuposto básico para o ajuizamento da ação em estudo é a falta de regulamentação legislativa indispensável à exigibilidade efetiva dos direitos e garantias constitucionais.

A Norma Suprema não fixou, contudo — como seria desejável que o fizesse — prazo para que o legislador regulamentasse os “direitos sociais” descritos no art. 7.º (limitemo-nos a ele, para efeito de nossa exposição). O art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias regulou, apenas (e, ainda, assim, de maneira provisória), o inciso I do mencionado artigo, que dispõe sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa legal.

Em que pese ao fato de constituir atitude algo precipitada do interessado, jamais se poderia negar-lhe o direito de ingressar com ação injuntiva já no primeiro dia de vigência da atual Constituição, ainda que se soubesse ser totalmente impraticável, nesse espaço de tempo quase inexistente, a regulação legislativa dos dispositivos constitucionais destituídos de auto-aplicabilidade.

Tudo sugeria que o constituinte, quando fosse o caso, assinasse prazo razoável para que o legislador desse a lume a norma regulamentadora dos “direitos sociais”, pois, com essa providência, evitaria o ajuizamento açodado de ações injuntivas, como se verificou no plano da realidade prática.

#### d) Legitimidade ativa

Conforme deixamos exarado em obra anterior, tão logo entrou a vigor a atual Constituição da República uma considerável legião de intérpretes passou a extrair de muitas de suas disposições algumas inferências que eram produto, muito mais, do inconsciente ideológico destes, do que de tradução daquilo que a expressão literal da norma permitia captar.<sup>(26)</sup> Um desses fenômenos — por nós genericamente designado de *Fata Morgana*<sup>(27)</sup> — ocorreu em relação ao art. 8.º, inciso III, assim redigido: “*ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas*”.

Muitos desses intérpretes viram, no enunciado dessa norma constitucional, a atribuição, aos sindicatos, da qualidade de *substitutos processuais* da categoria.

---

(26) *Ação Rescisória na Justiça do Trabalho*, 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 96.

(27) A fada Morgana, segundo as lendas bretãs, possuía, dentre outros poderes, o de distorcer as imagens que se formavam na superfície dos lagos.