

Ao d. Gabinete Civil:

Trata este processo de matéria que reputo de grande relevância; a dos direitos sucessórios do Estado do Rio de Janeiro em relação às heranças vacantes cujos autores tenham falecido antes da entrada em vigor da Lei n.º 8.049, de 20 de junho de 1990.

Como se sabe, essa lei substituiu os estados pelos municípios na ordem de vocação sucessória, alterando, desse modo, os artigos 1.594, 1.603, V, e 1.619 do Código Civil Brasileiro.

Dada a existência de controvérsias doutrinárias a respeito do momento exato em que a pessoa jurídica de direito público interno legalmente eleita assume a titularidade da herança vacante, surgiu dúvida quanto aos direitos do Estado do Rio de Janeiro de incorporar ao seu patrimônio os acervos hereditários que, em virtude de óbitos ocorridos até a vigência da citada lei, e de acordo com o regime até então imperante, sem dúvida a ele tocariam.

A questão suscitada foi examinada e resolvida, em favor do Estado, pelo Parecer n.º 001/90-JGS/PG-2, de 04/10/1990, do Procurador-Assessor JOÃO GUILHERME SAUER, cujos judiciosos termos aprovei.

De todo o exposto, rogo seja o presente submetido ao Excelentíssimo Senhor Governador, sugerindo que ao mencionado parecer se confira caráter normativo, na forma do artigo 6.º, inciso XXV, da Lei Complementar n.º 15, de 25 de novembro de 1980.

Rio de Janeiro, 18 de outubro de 1990

JOSÉ EDUARDO SANTOS NEVES
Procurador-Geral do Estado

PODER JUDICIÁRIO

Processo N.º E — 14/32.854/90

Em face da proposição de fls. 35/36, que acolho, atribuo caráter normativo ao Parecer n.º 001/90 — JGS/PG — 2, de 04/10/1990, da Procuradoria Geral do Estado, e determino sua publicação no Diário Oficial.

Publique-se.

Em 25 de outubro de 1990.

W. Moreira Franco
Governador do Estado

Diário Oficial — Parte I — de 26/10/90 — pág. 04.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mandado de Injunção n.º 107-3 — Distrito Federal (Tribunal Pleno)

LIMINAR (QUESTÃO DE ORDEM)

Relator: O Senhor Ministro Moreira Alves
Requerente: José Emídio Teixeira Lima
Requerido: Presidente da República

EMENTA: Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não.

— Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5.º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2.º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional.

— Assim fixada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte — que está devidamente definida pelo artigo 102, I, q —, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber.

Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer da Questão de Ordem que lhe submeteu o Sr. Ministro-Relator e a decidiu no sentido de reconhecer a natureza mandamental do Mandado de Injunção e a auto-aplicabilidade do art. 5.º, inciso LXXI,

da Constituição, adotando-se, no que couber, o procedimento do Mandado de Segurança, e com os efeitos enunciados no voto do Sr. Ministro-Relator.

Brasília-DF., 23 de novembro de 1989.

NÉRI DA SILVEIRA
Presidente
MOREIRA ALVES
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES — José Emídio Teixeira Lima, por seu advogado, impetra mandado de injunção contra o Exmo. Sr. Presidente da República, objetivando a suspensão de seu licenciamento do serviço ativo do Exército por contar mais de 09 anos de serviço na condição de oficial R/2 do Exército Brasileiro, sob a alegação de falta a lei a que alude o artigo 42, § 9.º, da Constituição Federal, que reza: “§ 9.º. A Lei disporá sobre os limites da idade, a estabilidade e outras disposições de transferência do servidor militar para a inatividade”. Sustenta ele que a omissão é devida ao Exmo. Sr. Presidente da República a quem cabe a iniciativa do projeto dessa lei.

Afinal, requer a concessão de liminar e o posterior deferimento do mandado nestes termos:

“Assim, diante do prazo fatal que se avizinha, porquanto no dia 23 de abril de 1989 o peticionário será licenciado do serviço ativo, faz-se mister evitar que o licenciamento se faça ao arrepio do Texto Constitucional, pois, na falta de legislação adequada, a tendência natural na esfera administrativa militar será a aplicação ao caso, das normas até aqui em vigor. E nesse caso existe um risco, concreto para o MILITAR DA ATIVA, ora peticionário, de um desligamento sumário das fileiras do Exército.

32. Tal procedimento administrativo violentará por certo, o texto da Constituição vigente, que deixará de ser aplicado em proveito do peticionário, por absoluta falta da lei posterior que

“disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do Servidor Militar para a inatividade” a teor do § 9.º do Artigo 42 da Constituição Federal”.

33. Ora, o MANDADO DE INJUNÇÃO foi instituído pelo Legislador Constituinte, exatamente com o propósito de forçar a adoção de medidas necessárias para o exercício dos direitos e liberdades individuais, não deixando ao alvedrio da autoridade, que o direito previsto na Constituição deixe de ser exercido por falta de norma adequada à sua aplicação.

34. Por estas razões, na falta de norma administrativa que possibilite ao peticionário, o exercício dos direitos fixados na Constituição em vigor, vem o mesmo submeter ao elevado julgamento desse Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL o presen-

te MANDADO DE INJUNÇÃO, requerendo, desde já, como **MEDIDA LIMINAR**, que seja suspenso o “ato de licenciamento” das fileiras do Exército o peticionário, até que haja uma norma regulamentadora da matéria, em perfeita consonância com o Texto Constitucional, a fim de permitir a continuação no serviço ativo do Exército.

35. A concessão da liminar se faz necessária, visto a situação a que está submetido o peticionário, sem condições, inclusive, de prover o próprio sustento, quando, 1/3 da vida profissional foi dedicada ao serviço público. Ao fim do qual, está sendo licenciado sem quaisquer direitos: quer de ordem médica, social ou financeira. Essa situação, acarretará ao peticionário danos de natureza irrepáráveis, que só serão evitados, com a concessão “in limine” da medida.

36. A título de informação, o peticionário, em 06 de janeiro de 1989, ingressara com Mandado de Injunção (n.º 9), no Tribunal Federal de Recursos, onde o excelentíssimo Senhor Ministro-Relator José Dantas exarou despacho pela extinção do processo sem julgamento do mérito, por entender que a autoridade impeetrada não era o Senhor Ministro de Estado do Exército. O peticionário desistiu de recorrer do citado despacho.

37. Assim o faz, em defesa de um direito que se entende possuidor com fundamento no Novo Texto Constitucional e na certeza de que, em julgando procedente o presente MANDADO DE INJUNÇÃO, esse Egrégio Supremo estará edificando através de seu julgado, a mais salutar JUSTIÇA” (fls. 10/12).

Esclareço que a petição foi ajuizada a 21.4.89 e que o licenciamento, segundo a inicial, se daria dois dias após, a 23 do mesmo mês.

Tendo em vista, porém, a controvérsia sobre a auto-aplicabilidade, ou não, do mandado de injunção, solicitei, por despacho a fls. 68, parecer da Procuradoria Geral da República.

A fls. 70/103, assim se manifestou, em 29.8.89, a Procuradoria Geral da República:

“I — A pretensão do autor

Trata-se de mandado de injunção requerido em 21.04.89, contra o Exmo. Sr. Presidente da República, com fundamento no artigo 5.º, inciso LXXI, da Constituição de 1988, pelo cidadão José Emídio Teixeira Lima, que se identificou, na inicial, como Oficial do Exército contando mais de nove (9) anos de serviços prestados àquela Força e em vias de licenciamento compulsório, a se verificar no dia 24.04.89, de conformidade com legislação anterior à nova Carta Política.

2. Entendendo que, em consequência de um novo conceito de estabilidade, que teria surgido com a Constituição de 1988, poderia vir a permanecer em atividade no Exército Brasileiro, desde que prontamente editada a lei prevista no artigo 42, § 9.º, da mesma Constituição, lei essa cuja iniciativa é privativamente atri-

buída ao Presidente da República (CF — Artigo 61, inciso II, alínea “c”), requereu o Autor lhe fosse concedida aquela prestação jurisdicional, objetivando a suspensão de seu licenciamento do serviço ativo do Exército, para ele em vias de se concretizar apenas à falta de norma administrativa reguladora da pretendida estabilidade.

3. Alegando, ademais, estar na iminência de sofrer danos irreparáveis, se concretizado aquele licenciamento, previsto, como antes se apontou, para **23.04.89**, isto é, para 2 dias após o ajuizamento da inicial, requereu o Autor, desde logo, lhe fosse concedida **medida liminar**, para sustar o “ato de licenciamento”, até a expedição de norma regulamentadora da matéria.

Sem apreciar esse pedido, o eminente Relator abriu vista dos autos ao Ministério Público Federal, em despacho do seguinte teor, **verbis**:

“Preliminarmente, à Procuradoria Geral da República, para manifestar-se se o dispositivo constitucional concernente ao mandado de injunção é, ou não, **auto-aplicável**” (fls. 6§).

É o que passamos a fazer, adiante.

II — Aplicabilidade das normas constitucionais

5. Embora concordemos com José Afonso da Silva (**Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo, RT, 2.ª ed. 1982, pág. 63/67), quando observa que a classificação, pura e simples, das normas constitucionais em **auto-aplicáveis** e **não auto-aplicáveis** não corresponde, com efeito, nem à realidade das coisas, nem às exigências da ciência jurídica, nem às necessidades práticas de aplicação das constituições, pois sugere a existência de normas constitucionais ineficazes e destituídas de imperatividade — quando sabemos que todos os preceitos da Constituição, por sua peculiar natureza, são dotados da maior força imperativa, que lhes advém diretamente da fonte constituinte —, mesmo assim, relembremos, aqui, a aludida distinção, pela sua utilidade para o exame deste mandado de injunção.

6. De acordo com essa classificação — criada pela doutrina e pela jurisprudência norte-americanas e difundida, entre nós, pioneiramente, na obra de Rui Barbosa — considera-se que um dispositivo constitucional é auto-executável (**self-executing**), quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado ou executar o dever imposto, ou, ainda, quando contenha determinações para cujo cumprimento não se precise constituir ou designar nenhuma autoridade, nem criar ou indicar nenhum processo especial, ou, finalmente, quando o direito que ela institua se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação; diversamente, não seriam auto-executáveis aqueles preceitos constitucionais que se limitam a indicar princípios, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a eles o vigor de lei (Rui Bar-

bosa. (**Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo, Saraiva, 1933, vol II, págs. 477 e segs.).

7. Em outras palavras, ainda segundo a doutrina norte-americana, mencionada naquela obra de Rui Barbosa, considera-se disposição executável por si mesma aquela que ministra a norma, ou os meios, pelos quais se possa exercer e proteger o direito, que ela dá, ou cumprir o dever e desempenhar o encargo que ela impõe (op. e vol. cit., pág. 488). Se ao revés, tal norma ou tais meios dependerem de ulterior criação legislativa, enquanto não forem criados paralisarão ou conterão a eficácia dos preceitos constitucionais, que deles dependem para se tornarem operativos.

8. Ainda segundo o magistério de Rui Barbosa, as disposições constitucionais, em sua maioria, não são **auto-aplicáveis**, por que a Constituição não se executa a si mesma, antes requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos, o que não quer dizer, entretanto, possua a Lei Maior cláusulas ou preceitos a que se deva atribuir o valor moral de conselhos, avisos ou lições, porque todos têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos (op. cit. págs. 488/489).

9. Mas, como distinguir, substancial e objetivamente, entre tais preceitos, para afirmar que uns são de si bastantes, enquanto outros dependem da mediação do legislador, para se tornarem plenamente eficazes?

10. Nesse terreno, em que pese ao prestígio de alguns dos modernos doutrinadores, que se debruçaram sobre o tema, as respostas oferecidas, em sua quase totalidade, embora pareçam nos ministrar novos critérios para resolver o problema, em verdade o que têm feito é repetir as teses expostas pelos antigos, sem avançar um passo sequer no ponto em que a questão permaneceu, desde e sempre, criticamente estacionada. Mas ainda, padecendo do mesmo vício tautológico das propostas que pretendem superar, acabam por afirmar, em linguagem rebuscada embora, que são auto-aplicáveis as normas que não dependem de outras para a sua aplicação...

11. Agora, felizmente, começam a surgir novos e promissores enfoques, como o que resultou da monumental tese de doutoramento de José Joaquim Gomes Canotilho — intitulada “Constituição dirigente e vinculação do legislador” —, onde o consagrado constitucionalista português, enfrentando o problema das relações entre a constituição e a lei, mergulha a fundo no exame das chamadas normas constitucionais programáticas, com vistas esclarecer “o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais” (Coimbra, Coimbra Editora Ltda. 1982, pág.11).

12. Com base nos estudos desse festejado jurista, forte na doutrina alemã, hoje em dia não há mais falar sequer na existên-

cia de normas constitucionais programáticas — tradicionalmente tidas como as menos eficazes dentre as regras integrantes do Texto Fundamental —, porque tais normas têm valor jurídico constitucionalmente idêntico aos dos restantes preceitos da Lei Maior, e a eventual mediação da instância legiferante, na concretização de tais normas, não significa que elas dependam da **interpositio** do legislador; pelo contrário, é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes, pelo que perdeu sentido a tradicional dicotomia **norma atual-norma programática**, já que “todas as normas são actuais, isto é, têm uma força normativa independente do acto de transformação legislativa” (Direito Constitucional). (Coimbra, Almedina, 4.ª ed. 1986, págs. 132/133).

13. Ora, se nem as chamadas normas constitucionais programáticas se admite sejam dotadas de menor carga eficaz, em face de outros preceitos da Lei Maior, como tradicionalmente se afirmava, sem maior discrepância, pode admitir-se que regras outras — tais como as definidoras dos direitos e garantias fundamentais — fiquem a depender da mediação legislativa para se tornarem eficazes?

14. Se admitirmos essa dependência, não só deitaremos por terra todos os avanços da moderna doutrina construída em torno da força vinculante das Leis Fundamentais, como retornaremos à ultrapassada concepção segundo a qual a Constituição deve mover-se no âmbito das leis, ao invés de as leis se moverem no âmbito da Constituição (Gomes Canotilho, op. cit. pág. 266).

III — Aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais

15. Na trilha aberta pela Lei Fundamental de Bonn (Art. 1.º, 3) e percorrida pelas Constituições de Portugal (Art. 18, 1) e da Espanha (Art. 53, 1), nossa Carta Política contém preceito determinando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata, em ordem a afastar, desde logo, e **como regra**, as construções hermenêuticas que, no passado, lograram esvaziar o conteúdo das chamadas “Declarações de Direitos”, com o expediente de condicionar a sua concretização ao advento de normas infraconstitucionais que, muitas vezes, nem sequer eram previstas no Texto da Lei Maior.

16. A esse propósito vale lembrar, pela sua formulação pioneira, antiga lição de Rui Barbosa, que, mesmo no clima e no contexto de aceitação da menor densidade eficaz das chamadas normas programáticas, já nos primórdios da República incluía entre as normas de aplicação imediata e autônoma, precisamente aquelas em que formuladas as declarações constitucionais de direitos, por ele consideradas atuantes **ipso jure**, pelo mero fato da sua existência nas Constituições onde se consignam.

17. Ao fundamentar essa tomada de posição, mais uma vez de forma pioneira entre nós, disse o grande jurista que o fazia por três motivos, assim expostos em sua linguagem peculiar:

“Primeiro, porque a declaração de um direito individual pela Constituição do Estado importa na imediata aquisição do direito assegurado e na proibição geral aos particulares e às autoridades públicas, de o violarem”.

“Segundo, porque, ainda quando o Poder Legislativo não estabeleça medidas especiais em sua defesa, esse direito, pela simples razão de existir, encontra nos remédios geraes de direito comum os meios de se desafrontar, reparar e manter”.

“A terceira consideração, enfim, pela qual os direitos individuais proclamados nas Constituições não são dependentes da lei, para se effectuarem, está em que, sendo o principal intuito dessas declarações constitucionaes cercar esses direitos de uma trincheira inacessível ao arbitrio, assim dos Governos, como dos Paramentos, ficaria totalmente annullada a garantia, de que ahi se cogita, se taes direitos se não pudessem reivindicar senão estribados em actos legislativos” (op. cit. págs. 484/485).

18. Comentando o antes mencionado dispositivo da Constituição de Portugal (Art. 18, 1), Gomes Canotilho e Vital Moreira observam que a primeira característica do regime próprio dos direitos, liberdades e garantias, assegurados naquela Carta Política, consiste em que os respectivos preceitos são, não apenas normas preceptivas — e não simplesmente normas programáticas —, mas sobretudo normas de **eficácia imediata**, que “não carecem de mediação, desenvolvimento ou concretização legislativa para serem aplicáveis, pelo que se aplicam mesmo na **ausência da lei**” (in **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra, Coimbra Editora 1964, 1.º vol., pág. 164).

19. Tendo em vista, porém, que nalguns casos, a própria Constituição remete para a lei a disciplina do exercício de certos direitos fundamentais — como, por exemplo, o artigo 52, 2, que assegura o direito de ação popular, **nos casos e nos termos previstos na lei** — confessaram-se em dúvida, nesse ponto, aqueles ilustres juristas, sem apresentar, logo, qualquer proposta de solução para a questão suscitada.

20. Diante de igual dificuldade — decorrente da redação do artigo 5.º da nossa Carta Política, que faz depender de ulterior mediação legislativa o exercício de muitos direitos ali enunciados (e.g. incisos VII, XIII, XV, XXVIII, etc.), mas, no mesmo tempo, em seu § 1.º, declara que as normas definidoras desses e de outros direitos têm aplicação imediata —, os juristas Celso Bastos e Ives Gandra Martins propõem se considere como princípio vigorante o da imediata aplicabilidade de tais normas, salvo quando a própria Constituição, expressamente, declarar que o direito acenado só será executável nos termos e elementos mínimos que assegurem a sua aplicação (**Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo, Saraiva, 1989, 2.º vol. 393).

21. Mas, qual o critério seguro para reconhecer ou afirmar que certo dispositivo não contém os elementos mínimos necessários à sua aplicação?

22. Ainda no contexto constitucional português, outro jurista de expressão — José Carlos Vieira de Andrade —, ao comentar o dispositivo que assegura aplicabilidade imediata aos preceitos reguladores dos direitos, liberdades e garantias, diz que a qualidade de direito imediatamente aplicável, assegurada a tais preceitos, significa, em primeiro lugar, a afirmação do seu caráter **jurídico-positivo** e não meramente programático ou proclamatório, já não se podendo dizer — a partir de agora —, que os direitos fundamentais só têm real existência jurídica por força da lei ou que valem apenas como conteúdo que por esta lhe for dado. (**Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra, Almedina, 1987, págs. 254/255).

23. Na Espanha, onde a regra constitucional referente à imediata aplicabilidade dos preceitos definidores dos direitos fundamentais não é tão explícita, quanto à das Constituições da Alemanha e do Brasil, mesmo na Espanha, a opinião dos autores é unânime quanto à eficácia direta e imediata de tais preceitos, como registra Cano Mata, em seu estudo sobre o controle de garantias pelo Tribunal Constitucional (**El Control de garantías por el Tribunal Constitucional y otros estudios**). Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1984, pág. 17).

24. Ali, segundo o magistério do conceituado Garcia de Enterría, essa opção do constituinte redemocratizador da Espanha — claramente, inspirada pelos autores da Lei Fundamental de Bonn —, deveu-se à necessidade de evitar a burla em que consistia o sistema de liberdade do regime franquista, no qual as leis continham enfáticas declarações de direitos que nunca se concretizaram, ou porque dependiam de leis que jamais foram editadas — o que ocorreu com a maioria daqueles direitos —, ou porque, ao serem legalmente disciplinados, o foram arbitrariamente, seja no conteúdo, seja no modo como poderiam ser exercidos (**La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid, Civitas, 1985, 3.ª ed, pág. 74).

IV — Aplicabilidade do preceito instituidor do mandado de injunção (CF — Art. 5.º, inciso LXXI).

25. O dispositivo da Constituição de 1988, em que instituído o mandado de injunção, é do seguinte teor, **verbis**:

“Art. 5.º — omissis

.....
LXXI — Conceder-se-à 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”.

26. Figurando, esse preceito, no Título de Direitos e Garan-

tias Fundamentais, está obviamente compreendido no âmbito de incidência da regra estabelecida no § 1.º, do aludido artigo 5.º, da Constituição. Conseqüentemente, tal preceito, em tese, tem aplicação imediata, segundo o critério genericamente proposto, entre outros, por Celso Bastos e Ives Gandra Martins (op. e loc. citis).

27. Antes de procedermos ao exame crítico do aludido dispositivo da Constituição, e ver ser ele contém aqueles elementos mínimos possibilitantes da sua imediata aplicação, sem necessidade de norma infraconstitucional que o atualize, cuidamos oportuno enfatizar — citando Vicente Greco Filho — que a figura mais polêmica, dentre os novos institutos do Texto Constitucional, certamente é o mandado de injunção, não só pelo seu alcance, mas também pela indefinição com que foi tratado, sendo que a maior dificuldade para a sua interpretação deriva, essencialmente, de o constituinte não haver definido a sua finalidade, diversamente do que fez com os demais instrumentos afins, como o **habeas corpus**, o mandado de segurança e o **habeas data** (**in Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo, Saraiva, 1989, págs. 179 e 181).

28. Abstração feita, por enquanto, desse aspecto do problema, vejamos como têm se posicionado os doutrinadores brasileiros a respeito da aplicabilidade do mencionado dispositivo constitucional.

29. Sem que a ordem das citações traduza preferência ou hierarquia entre os diversos autores consultados, aqui se transcrevem as várias opiniões:

— CALMON DE PASSOS

“Afirmou-se a inviabilidade do ajuizamento do mandado de injunção enquanto não regulamentado seu procedimento pelo Congresso Nacional. Discordamos. Insistimos em afirmativa que temos feito reiteradamente: não se outorga direito sem que, necessariamente, para ele exista remédio ou procedimento aplicável. Se inexistente algo expressamente previsto, constrói-se analogicamente, atendidos os princípios pertinentes e prescrições compatíveis.

O mandado de injunção é ação. E para toda ação já existe um procedimento adequado (no mínimo, o ordinário), que recolhe tudo quanto não tenha merecido disciplina especial. Mas não é este o caso do mandado de injunção. Os remédios constitucionais de proteção aos direitos individuais e coletivos são de natureza sumária, dada a urgência que se reclama para a tutela que por intermédio deles se postula.

Como vimos, a inicial atende ao que se prescreve para toda inicial. E como em todo processo, a citação das partes é fundamental, sob pena de nulidade. O prazo para resposta é o do mandado de segurança, mais próximo do mandado de injunção que a ação direta de inconstitucionalidade. Cuida-se, por igual, de feito que não comporta audiência de

introdução e julgamento. A ouvida do Ministério Público Federal se impõe. O órgão julgador poderá requisitar todas as informações que julgar convenientes. Devidamente atendidas essas diligências, se forem determinadas, haverá o julgamento. Da decisão se proferida por órgão que não o Supremo, caberão os recursos adequados.

Não vimos, portanto, o que falta para que se possa disciplinar, satisfatoriamente, o procedimento do mandado de injunção, mediante a aplicação das normas pertinentes a outros procedimentos afins e as que presidem a todos os procedimentos instaurados em nossa ordem jurídica" (**Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data**. Rio, Forense 1989, pág. 122).

— CELSO AGRÍCOLA BARBI

"E parece fora de dúvida que o mandado de injunção é garantia fundamental, porque serve para assegurar outros direitos constitucionais ameaçados de não uso por falta de norma regulamentadora.

Acresce que, na pior das hipóteses, o mandado de injunção, sendo ação judicial, terá curso pelo procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, que é o procedimento adequado a qualquer ação que não tenha procedimento especial previsto no mesmo Código ou em lei especial.

Impõe-se, pois, a conclusão de que a norma sobre mandado de injunção está em pleno vigor e ele pode ser requerido independentemente de regulamentação" (RT, 637/Nov. 1988, pág. 10).

— JOSÉ AFONSO DA SILVA

"Finalmente, cumpre esclarecer que o disposto no art. 5.º, LXXI, não depende de regulamentação para ser aplicado. O texto possui todos os elementos suficientes à sua imediata aplicação, reforçada essa aplicabilidade direta com o disposto no § 1.º do mesmo artigo, o que "significa que os juízes não poderão deixar de atender a toda e qualquer demanda que lhes for dirigida", e não poderão deixar de decidir também dado o monopólio jurisdicional (**non liquet**)" (**Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, RT, 1989, 5.ª ed. pág. 390).

— IRINEU STRENGER

"Em nossos dias os principais doutrinadores admitem estar superada a teoria das normas auto-aplicáveis em contraste com as que não o são. Aceita-se que existem as normas de eficácia plena, as de eficácia contida e aquelas de eficácia limitada.

A hipótese do **mandado de injunção** classifica-se, ao que tudo indica, entre as normas de eficácia contida, pois não pode prescindir de providência normativa ulterior para a sua exata aplicação, dado que insitamente existem dificuldades de execução.

Não queremos com esse posicionamento significar que a norma deva ficar à espera de seu regulamento para ser aplicável. Somos de opinião de que as situações subjetivas positivas ensejam, desde logo, o seu exercício, cabendo ao julgador "si et in quantum" encontrar os mecanismos que possibilitem sua aplicação, utilizando-se dos meios que já foram anteriormente apontados neste trabalho.

A maneira como foram propostas as diversas questões versadas leva-nos a formular a aplicação imediata do mandado de injunção através do que chamaríamos de **decisões discricionárias**, entendendo como tais as que são proferidas em razão de uma habilitação jurídica. A faculdade seria atribuída em função de determinados casos, segundo o estabelecimento de um fim de regulamentação definido e de acordo com os limites gerais da discricionariedade.

Assim, a discricionariedade estaria vinculada ao fim que a norma persegue" (**Mandado de Injunção**. Rio, Forense, 1988. 2.ª ed, pág. 33).

— ULDERICO PIRES DOS SANTOS

"Não pode padecer a menor dúvida de que a ordem de injunção deva ser auto-aplicável. Qualquer tentativa no sentido de regulamentá-la irá de encontro ao que dispõe o parágrafo primeiro do art. 5.º da norma constitucional que enfatiza: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (**Mandado de Injunção**. São Paulo, Paumape, 1988, pág. 53).

— RITINHA GEORGAKILAS

"Concluimos este breve comentário assinalando que ausência de norma específica regulamentadora do mandado de injunção não deve obstaculizar a sua imediata aplicabilidade, o que seria um curioso paradoxo, inadmissível no caso, por uma questão elementar do bom-senso e tendo em vista inclusive, a peremptória disposição do § 1.º do citado artigo 5.º: § 1.º — As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Consideramos razoável admitir a aplicação, por analogia, das disposições disciplinadoras do mandado de segurança, até que a norma processual inexistente seja editada, entendimento este que vem sendo adotado nas manifestações iniciais sobre a matéria, pela doutrina e pela jurisprudência" (**Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia**. São Paulo, Atlas, pág. 110).

— M. G. FERREIRA FILHO

"Acrescente-se, finalmente, que se tratando de uma garantia instrumental, ação especial que é, exige a previsão do procedimento a que será sujeito, em que pese a prescri-

ção do § 1.º do art. 5.º, que prevê “aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais” (**Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 1989, 17.ª ed. pág. 277).

— ADHEMAR FERREIRA MACIEL

“A intenção do constituinte, não resta dúvida, foi a de conferir ao mandado de injunção aplicabilidade imediata. Tanto assim que o Projeto “B” suprimiu a expressão “na forma da lei”, do Projeto “A”. Por outro lado, a Constituição, no § 1.º do art. 5.º, é expressa: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata” (**Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão**. Brasília Rev. Inf. Leg. n.º 101, 1989, pág. 129).

— MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO

“Se fôssemos nos deixar impressionar por uma leitura inicial do dispositivo mencionado, a conclusão inevitável, que daí haveríamos de tirar, seria no sentido de tratar-se de norma de eficácia contida (destituída, portanto, de auto-aplicabilidade), na medida em que o seu enunciado não indica, dentre outras coisas, o momento a partir do qual o direito de impetrar “mandado” de injunção pode ser exercitado; quem se encontra legitimado (ordinária ou extraordinariamente) a isso; qual o objeto da injunção; a sua finalidade; os efeitos que o pronunciamento jurisdicional produz; o processamento em juízo etc.

Uma tal inferência, porém, seria juridicamente aceitável se não fosse irônica — para não dizermos trágica e perversa. Com efeito, pondo-se à frente o fato essencial de que a ação em pauta foi concebida, fundamentalmente, para tornar possível o exercício dos direitos e garantias constitucionais — assegurados aos indivíduos (e às coletividades) — sempre que o legislador ordinário se omitir na elaboração da indispensável norma regulamentadora do preceito — seria, no mínimo, render culto à ironia imaginar que a regra constitucional instituidora da ação injuntiva, para ter eficácia, dependesse, também, de regulamentação legislativa (ordinária ou complementar)!” (**Mandado de injunção e direitos sociais**. Revista Ltr. vol. 53, n.º 3, São Paulo, 1989, pág. 323).

— RANDOLPHO GOMES

“Como ação de origem constitucional, prescinde de regulamentação em lei complementar ou ordinária. O dispositivo que a criou é auto-suficiente e auto-aplicável, mesmo porque seria contraditório exigir-se regulamentação para um mecanismo destinado, ele próprio, a fazer cumprir normas constitucionais pendentes de regulamentação. Tendo a Constituinte optado por texto com que se eliminou a referência ao rito processual adotável para apreciação pelos tribu-

nais do remédio, incumbirá a tais órgãos, capitaneados pelo Supremo Tribunal Federal, construí-lo em seus regimentos, sem cuidar de restringir seu alcance ou impor obstáculos ao seu exercício. Não será ilícito, porém, que o Poder Legislativo chame a si tal tarefa, a exemplo do que ocorre com o mandado de segurança, editando lei que discipline o processo e o procedimento cabíveis para exercício do mandado de injunção. A falta do obstáculo ao uso da medida” (**Mandado de injunção**. Rio, Edições Trabalhistas, 1989, pág. 25).

30. Escusando-nos pela pletora das transcrições, que fizemos apenas pelo desejo de trazer a exame o maior número possível de opiniões a respeito do tema, permitimo-nos observar que, salvo raras exceções facilmente identificáveis, os autores mencionados se limitaram a emitir simples opiniões, sem revelar as razões de seu convencimento, o que se explica, até certo ponto, pela complexidade do tema e o escasso tempo de que dispuseram para um exame mais aprofundado da novidade constitucional.

31. Diante desse problema e da evidente impossibilidade de resolvê-lo simplesmente invocando a regra do artigo 5.º, § 1.º, da Constituição, pois apenas afirmar que um preceito é auto-aplicável não lhe confere, **ipso facto**, essa condição — até porque “a disposição constitucional só é executável por si mesma, até onde seja, realmente, susceptível de execução (Rui Barbosa, op. cit. pág. 492) —, diante de toda essa dificuldade, torna-se imperiosa uma análise mais detida da finalidade do mandado de injunção, a ver se, pela descoberta da natureza jurisdicional do provimento que, através dele, se irá obter, poderemos concluir, com alguma segurança, se o dispositivo da Constituição, que o institui entre nós, é suscetível de aplicação sem regulamentação infraconstitucional.

V — Finalidade do mandado de injunção

32. Dispensando-nos de incursões na história desse instrumento, não apenas pelo escasso valor dessa abordagem, para deslindar o problema da aplicabilidade do preceito constitucional, que o instituiu no Brasil, como também porque é grande e pouco esclarecedora a controvérsia doutrinária sobre as suas origens e o seu alcance no direito anglo-saxônico, por tudo isso, iremos, desde logo, ao exame da questão aqui proposta, referente à finalidade da injunção, como delineada em nossa Constituição.

33. Também aqui é extensa e profunda a divergência entre os doutrinadores nacionais, que não chegaram a um acordo, mínimo sequer, à respeito da finalidade do mandado de injunção, que, segundo uns, tem por objeto “...exclusivamente **definir a norma** regulamentadora do preceito constitucional aplicável ao caso concreto, dada a omissão do poder constitucionalmente competente, originariamente, para isso” (Calmon de Passos, op. cit. pág. 98/99), enquanto para outros tem “...por finalidade realizar

concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício” (José Afonso da Silva, op. cit. pág. 388).

34. Atribuindo-a à omissão do Texto Constitucional, que não definiu o objeto do instituto, Vicente Greco Filho resume a controvérsia, no particular, indagando, como todo mundo: “o mandado de injunção serve para atribuir o direito cujo exercício esteja obstado em virtude da falta de regulamentação ou o mandado tem por finalidade provocar a edição de norma geral para o seu exercício, pelo próprio tribunal ou mediante determinação para que o Poder Legislativo o faça?” (op. cit. pág. 181).

35. De igual forma, Celso Bastos expõe e resume a controvérsia, alvitrando e criticando as três soluções que lhe parecem logicamente comportáveis para a questão, que, afinal, entende resolúvel, corretamente, apenas se conferida ao magistrado a possibilidade de, em cada caso, escolher um tipo de solução que melhor possa atender aos legítimos interesses do impetrante, sem a necessidade de transmutar-se o julgador em legislador (op. cit. pp. 358/359).

36. Como o ilustre constitucionalista se inscreve entre os que defendem a auto-executoriedade da norma instituidora do mandado de injunção — para ele tão utilizável, desde logo, como o foram, no passado, o mandado de segurança e a ação popular, operacionalizados antes mesmo da respectiva regulamentação —, forçoso é concluir, diante da solução por ele proposta, que caberia ao Judiciário construir as fórmulas que viabilizariam o uso da injunção, mas apenas **caso a caso**, diante da impossibilidade constitucional de um Poder exercer as atribuições privativas dos outros (CF — Art. 2.º).

37. A fórmula, de consistência duvidosa, se aparentemente resolve o problema da auto-executoriedade do preceito constitucional — porque deixa ao Judiciário a faculdade de conceder, **in concreto**, a prestação jurisdicional requerida —, não esclarece qual a natureza desse provimento judicial, **o que o julgador mandará fazer, nem quem o fará, para satisfazer a pretensão do impetrante**.

38. Noutra direção seguem os que, na linha proposta por Calmon de Passos — para nós aquele que até agora melhor e mais amplamente estudou o mandado de injunção —, associam esse instituto à chamada inconstitucionalidade por omissão, em ordem a concluir que aquele instrumento figura ao lado da ação direta declaratória de inconstitucionalidade omissiva (CF — Art. 103, § 2.º), mas como “remédio para tutela do direito subjetivo frustrado em seu exercício em virtude de inconstitucionalidade por omissão” (Calmon de Passos, op. cit. p. 103). Mais adiante, veremos a utilidade dessa proposta, que resolve o problema da aplicabilidade da norma criadora do mandado de injunção, mas esvazia sua utilização.

39. Situando-se numa posição diametralmente oposta à da

queles que atribuem ao mandado de injunção a finalidade de obter a expedição da norma regulamentadora, norma cuja inexistência é que motiva o pedido de injunção, José Afonso da Silva enfaticamente afirma que tal entendimento é equivocado, porque não se pode atribuir a esse instrumento o mesmo objeto da inconstitucionalidade por omissão **subsidiária**, utilizável quando os respectivos titulares se omitirem no seu exercício (op. cit. pp. 388/389).

40. Para esse ilustre jurista, o **conteúdo da decisão** proferida no mandado de injunção consiste na outorga direta do direito reclamado, que, assim, o impetrante logra exercer independentemente da regulamentação (op. cit. p. 389).

41. Em que pese à autoridade de quem defende essa interpretação, não vemos como conciliá-la com a definição constitucional dos sujeitos passivos do mandado de injunção — todos os órgãos ou agentes públicos —, como se infere da leitura dos artigos 102, I “q” e 105, I “h”, da nossa Constituição.

42. A esse propósito, observa Michel Temer que o mandado de injunção somente pode ser impetrado contra pessoa jurídica de direito público, não apenas porque o dispositivo constitucional, que o instituiu, refere-se a matéria de ordem pública — liberdades constitucionais, nacionalidade, soberania e cidadania —, como também porque seria ilógico imaginar-se uma ação proposta contra particular, pleiteando direitos que não foram conferidos em razão de ausência de norma regulamentadora (**in Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo, RT, 1989, 6.ª ed. p. 210).

43. Igualmente ilógico seria pretender compelir qualquer daqueles sujeitos passivos do mandado de injunção — a quem se aciona na condição de responsáveis pela inexistência de norma, e para que a editem — a outorgar **diretamente** ao impetrante o direito por ele reclamado no pedido de injunção.

44. Se, diversamente, em razão do conteúdo da prestação, o direito concretamente reclamado, outro for o sujeito passivo obrigado a satisfazê-la — um empregador, por exemplo, que se tenha recusado a atender certa pretensão de empregado seu, alegando a inexistência de norma legal que lhe imponha o dever de fazê-lo —, não vemos como viabilizar essa hipotética pretensão, em sede de mandado de injunção, se aquele empregador não tiver figurado no pólo passivo da relação processual instaurada com a impetração.

45. Mas, acaso ajuizado o pedido contra esse hipotético empregador, como e onde chamá-lo à lide e compeli-lo ao cumprimento da prestação requerida, se ele não figura entre os órgãos ou pessoas indicados nos aludidos dispositivos da Constituição?

46. À falta de previsão constitucional sobre o órgão jurisdicional competente para processar e julgar esse hipotético pedido de injunção, formulado contra um particular, é quase certo que a petição nem seria conhecida, pois dificilmente qualquer juiz ou tribunal dar-se-ia por competente para apreciá-la sem que uma lei

o habilitasse a fazê-lo. Ainda assim, essa lei poderia vir a ser impugnada, em face do princípio de que as competências fixadas na Constituição são insuscetíveis de ampliação ou redução, salvo, é claro, se o Pretório Excelso viesse a admitir que, por força do art. 125 da Lei Maior, o legislador estadual poderia atribuir competência aos órgãos judiciários locais para decidir sobre mandados de injunção requeridos contra órgãos ou pessoas não jurisdicionados à Justiça da União (CF — Art. 92, incisos I/IV).

47. Por tudo isso, e por outros problemas mais — que adiante ainda iremos expor — é que entendemos inócuo, para resolver a questão, afirmar, também pura e simplesmente, que, na falta de norma legal definidora do procedimento adequado para impetrar mandado de injunção, poder-se-á utilizar o mandado de segurança ou, no mínimo, ou na pior das hipóteses, o procedimento ordinário regulado no Código de Processo Civil, como sugerem, entre outros, os ilustres Celso Agrícola Barbi e J.J. Calmon de Passos.

48. Dizer isso não resolve o problema porque, essencialmente, ele está localizado na determinação da natureza do provimento jurisdicional, que se há de proferir no julgamento do pedido de injunção — **declaratório** da omissão regulamentar e da inviabilidade de exercício dos direitos em causa —, bem assim na definição dos efeitos de **construção e mandamento** que, no plano executório da realização de suas conseqüências, ele possa e deva ter, como observou, com perspicácia, o emérito professor Celso Neves (in **Mandado de Segurança, Mandado de Segurança Coletivo e Mandado de injunção**. São Paulo, Revista Ltr. Vol. 52, n.º 11, nov. 88, p. 1.319).

49. Usando, neste passo, as indicações feitas por Manoel Antonio Teixeira Filho, logo na abertura do trabalho antes indicado, diremos que **falta praticamente tudo** para que se torne aplicável o preceito constitucional instituidor do mandado de injunção, eis que, a rigor, não se sabe o momento a partir do qual pode ser exercitado o direito de impetrar a injunção; quem se encontra legitimado para requerê-la; qual o seu objetivo; qual a natureza e quais os efeitos do provimento jurisdicional que, através da injunção, se intentará obter; que outros juízos ou tribunais, afora os já indicados na Constituição, poderão processar e julgar os mandados; finalmente, qual o procedimento adequado ao exame da impetração.

50. Trata-se, quer se queira, quer não, de ver as coisas como as coisas são: em que pese aos meritórios esforços de todos quantos se têm empenhado em sustentar que o mandado de injunção pode ser prontamente utilizado, para a fruição dos direitos, liberdades e prerrogativas mencionados no artigo 5.º, inciso LXXI, da Constituição, não vemos como viabilizar desde logo essa utilização — **pelo menos para a fruição direta e imediata de tais direitos, liberdades e prerrogativas** —, sem a edição de norma infraconstitucional, que lhe trace os contornos mínimos e permita ao Poder Judiciário, com segurança, dar a cada um o que for seu.

51. Sem essa regulamentação, de caráter geral, malgrado os atributos de serenidade e lucidez, que são apanágio da nossa magistratura, corremos o risco de, embalados pelo generoso desejo de assegurar imediata utilização a esse auspicioso instrumento, que é o mandado de injunção, acabar por desprestigiá-lo, seja pela ineficácia das decisões acaso proferidas sem balizamento legal, seja pela contradição de critérios, que fatalmente ocorreria se o aludido instrumento ficasse entregue à discricção, mesmo judiciosa, dos milhares de magistrados que integram o Poder Judiciário do País.

52. Assim, impõe-se reconhecer que não é auto-aplicável o preceito constitucional instituidor do mandado de injunção — o artigo 5.º, inciso LXXI, da Lei Maior — porque, inobstante o § 1.º desse artigo declarar que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, inobstante isso, aquele preceito não contém os elementos mínimos que permitam a sua imediata execução.

53. Soluções diversas, como as que assimilam o mandado de injunção à ação direta de declaração de inconstitucionalidade por omissão (CF — Art. 103, § 2.º), seja como procedimento **subsidiário**, seja mesmo como procedimento **autônomo**, posto ao lado daquela ação, mas destinado à tutela de direito subjetivo, cujo exercício possa ser frustrado pela inexistência de norma infraconstitucional regulamentadora, soluções como essas — insistimos — devem ser afastadas, porque, se por um lado permitem o uso imediato de mandado de injunção, por outro acabam esvaziando esse instrumento, tais os percalços a que terão de se submeter seus impetrantes, obrigados a bater mais de uma vez às portas da Justiça, como certamente observou José Afonso da Silva (op. cit. pp. 388/389) e a honestidade intelectual impôs a Calmon de Passos registrar com riqueza de detalhes (op. cit. pp. 100, 103 e 107).

54. Diante do exposto, impõe-se concluir no sentido de que, enquanto não for regulamentado o preceito instituidor do mandado de injunção, este não poderá ser utilizado, assim como não poderão ser exercidos os direitos ou prerrogativas constitucionais, cujas normas consagradoras não possuam os elementos mínimos de que necessitam juízes e tribunais para a emissão de provimentos jurisdicionais.

55. Para dar eficácia a tais preceitos constitucionais, para tornar efetiva a fruição dos direitos e liberdades que neles se consagram, cumpre à Sociedade Civil manter permanentemente acesa a luta política e tornar atuantes os mecanismos democratizadores criados pelo constituinte de 1988, o que somente conseguiremos se exercermos pressão legítima sobre os nossos representantes, para que legislem e, assim, **concretizem e densifiquem** a Constituição.

56. Em suma, se nós quisermos, se o legislador quiser e se houver vontade política e **vontade de Constituição** (Hesse), poderemos regulamentar o exercício de todos os direitos, liberda-

des e prerrogativas de que cogita o artigo 5.º, inciso LXXI, de nossa Carta Política, transformando em texto de ficção aquele preceito constitucional.

Esse é o nosso parecer.

Brasília, 21 de agosto de 1989.

INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO
Subprocurador-Geral da República

APROVO:

O parecer, brilhante em toda a extensão, oferece elementos seguros para a decisão a respeito da aplicabilidade do preceito constitucional que contempla o mandado de injunção.

O uso não aderir, no entanto, à sua parte conclusiva.

Como demonstra o impecável parecer, o princípio prevalente é o da aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, como estabelece o § 1.º do art. 5.º da Lei Maior: "**As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata**".

O elemento histórico, por outro lado, corrobora a auto-aplicabilidade do preceito constitucional em referência. O Projeto de Constituição subordinava a plena eficácia dessa garantia constitucional à integração por lei ordinária. O texto definitivo, porém, suprimiu a expressão "**na forma da lei**", constante do Projeto.

Além de tudo, o novo instituto foi criado precisamente com a finalidade de conferir operatividade aos direitos constitucionais, ou seja, para impedir que a ausência de norma regulamentadora tornasse "**inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania**".

Sob esse aspecto, parece que a conclusão no sentido de que o preceito carece de complementação legislativa termina por esvaziar ou, pelo menos, reduzir consideravelmente a utilidade desse instrumento, na finalidade de tornar operante o exercício dos direitos e liberdades constitucionais.

A grande maioria das questões apontadas pela doutrina, em torno do mandado de injunção, está ligada à própria **interpretação do preceito constitucional** que institui essa garantia, matéria a ser dirimida pelo próprio Judiciário. De várias interpretações possíveis de uma norma, apenas uma é exata e as demais falsas, não subsistindo, nesse campo, nenhuma margem de discricção política ao legislador.

Ponto sobre o qual, a nosso ver, recaem as maiores dificuldades é o relativo ao processo para o exercício dessa garantia constitucional. Embora o mandado de injunção, por sua própria finalidade, reclame um **processo especial**, parece que pode ser

adotado, por analogia, o processo estabelecido para o mandado de segurança como acentuam a maioria dos autores (H. L. Meirelles, Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e **Habeas Data**, 12.ª ed., 1988, p. 135; Uderico Pires dos Santos, Mandado de Injunção, 1988, p. 57; Luciano Ferreira Leite, Aplicabilidade Imediata dos Direitos e Garantias Individuais da Nova Constituição, Rev. dos Tribunais, v. 635, p. 18, etc.), ou o procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, aplicável a qualquer ação que não tenha procedimento especial previsto no Código ou em lei especial (Celso Agrícola Barbi, Mandado de Injunção, Rev. dos Tribunais, v. 637, p. 10).

Brasília, 29 de agosto de 1989.

ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA
Procurador-Geral da República"

Trago à apreciação do Plenário, em questão de ordem, a matéria objeto desse pronunciamento da Procuradoria Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES (RELATOR) — 1. Como se vê do relatório, enquanto o Dr. Inocêncio Mártires Coelho, em longo parecer, sustenta que "enquanto não for regulamentado o preceito instituidor do mandado de injunção, este não poderá ser utilizado, assim como não poderão ser exercidos os direitos ou prerrogativas constitucionais, cujas normas consagradas não possuam os elementos mínimos de que necessitam juízes e tribunais para a emissão de provimentos jurisdicionais" (fls. 100), o Procurador-Geral da República, divergindo dessa conclusão, entende que "a grande maioria das questões, apontadas pela doutrina, em torno do mandado de injunção, está ligada à própria interpretação do preceito constitucional que institui essa garantia, matéria a ser dirimida pelo próprio Judiciário", e isso porque "de várias interpretações possíveis de uma norma, apenas uma é exata e as demais falsas, não subsistindo, nesse campo, nenhuma margem de discricção política ao legislador"; e concluiu sua manifestação acentuando que, ainda no aspecto relativo ao processo a ser adotado no mandado de injunção, poder-se-á aplicar a analogia, para optar entre o do mandado de segurança ou o da ação ordinária.

Passo a examinar a questão da auto-aplicabilidade, ou não, do mandado de injunção.

É certo que esse instituto foi criado pela atual Constituição como garantia fundamental (art. 5.º, LXXI), e esse mesmo artigo 5.º, em seu § 1.º, preceitua:

"As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

Essa norma, no entanto, não tem, evidentemente, caráter absoluto, pois vários incisos desse próprio artigo 5.º — assim, os de n.ºs VII, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, XXXII, XXXVIII, XLI, XLII, XLVI, LXXVI e LXXVII — remetem à regulamentação da lei, total ou parcialmente, as normas nele enunciadas, e que são definidoras de direitos e de garantias fundamentais. E essa remessa, por si só, indica que a norma a ser regulamentada não é susceptível de ser aplicada independentemente de regulamentação, na linha da doutrina americana clássica da auto-aplicabilidade das normas constitucionais, assim sintetizada por RUI BARBOSA (**Comentários à Constituição Federal Brasileira, coligidos e ordenados por HOMERO PIRES**, vol. II, p. 492):

“A linha que as extrema poderia descrever-se num só traço, dizendo-se como a Suprema Corte dos Estados (Unidos) no caso *Davis v. Burke*, que uma disposição constitucional é executável por si mesma, quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta, e realizar tudo o que exprime”.

Basta seguir esta doutrina de cristalina evidência, para não se ficar na perplexidade em que ficaram, diante de texto semelhante da Constituição portuguesa, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ao comentá-lo (trata-se do artigo 18.º, 1), sem tomar posição nesse ponto:

“Ponto duvidoso quanto à aplicação do primeiro princípio (aplicação mesmo na ausência de lei) é o que se refere aos casos em que é a própria Constituição a remeter expressamente para a lei a regulamentação de um ou mais aspectos do regime de certo direito fundamental (v., por ex., os arts. 40.º-1, 52.º-2 e 66.º-3)” (**Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol. I, 2.ª ed., p. 164).

E a não-auto-aplicabilidade ocorre, não apenas quando a regulamentação da norma constitucional é prevista nela mesma de modo expresso, mas também quando é impossível auto-aplicá-la, por não se constituir, por si mesma, um todo completo. A propósito, tem razão FERREIRA FILHO (**Notas sobre o mandado de injunção, in Repertório IOB Jurisprudência**, n.º 20/88 (2.ª quinzena de outubro de 1988), 1/1591, p. 293), ao observar a propósito:

“Em conclusão, somente podem ter aplicação imediata normas completas, suficientemente precisas na sua hipótese e no seu dispositivo, para que possam ter a plenitude da eficácia. Nenhum **fiat** constitucional pode estabelecê-lo diversamente: **impossibilia nemo tenetur**”.

2. Como o inciso LXXI do artigo 5.º da Constituição não é expreso quanto à necessidade de regulamentação do mandado de injunção, a questão relativa à sua auto-aplicabilidade vai depender, apenas, da verificação de se constituir ela, ou não, por si só, um todo capaz de ser aplicado de imediato, sem necessidade de suplementação de lei ordinária.

Para essa verificação, é indispensável que se determine, inicialmente, sua natureza jurídica em face, exclusivamente, dos textos constitucionais que se referem ao mandado de injunção, certo como é que

a legislação infraconstitucional que vier a ser editada com relação a ele terá de conformar-se, sob pena de inconstitucionalidade, com a natureza jurídica que lhe deu o texto constitucional.

Afasta-se, assim, desde logo, a possibilidade — que acarretaria, logicamente, a não-auto-executoriedade do mandado de injunção — de a lei infraconstitucional dar-lhe a natureza jurídica que entender mais conveniente.

3. São estes os textos da Constituição federal que se referem ao mandado de injunção:

“Art. 5.º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:

.....
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”;

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipua-

mente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I — processar e julgar, originariamente:

.....
q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

II — julgar, em recurso ordinário:

a) o **habeas-corpus**, o mandado de segurança, o **habeas-data** e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”;

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I — processar e julgar, originariamente:

.....
h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;” e

“Art. 121.

.....
§ 4.º. Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:

.....
V — denegarem **habeas-corpus**, mandado de segurança, **habeas-data** ou mandado de injunção”.

4. Da análise desses textos deflui que:

- a) — o mandado de injunção é uma ação;
- b) — ação a ser proposta por aquele a que, no caso concreto, é outorgado direito ou liberdade constitucionais, ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania ou à cidadania, direito, liberdade ou prerrogativa esses que não podem ser exercitados por falta de norma regulamentadora; e
- c) — ação ajuizável perante órgão do Poder Judiciário competente em razão do Poder, do Órgão, da Entidade ou da Autoridade cuja omissão torna inviável o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa já referidos.

Por outro lado, a Constituição não tem preceito expresso quanto àquele contra quem se propõe essa ação (legitimação passiva), nem quanto à natureza e aos efeitos da providência jurisdicional dela decorrente (objeto dessa ação), nem quanto ao seu procedimento, exceto, no que diz respeito a esse último aspecto, que da decisão denegatória do mandado de injunção julgado em única instância pelos Tribunais Superiores caberá recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, e que é recorrível a decisão de Tribunal Regional Eleitoral que denegar mandado de injunção.

Ora, desse silêncio quanto à legitimação passiva, quanto à natureza e aos efeitos da providência jurisdicional e quanto ao procedimento, resulta que, para se determinar a espécie de ação que é o mandado de injunção — e com isso se suprirão, também, essas lacunas por via de consequência —, os elementos de que se dispõe são apenas os referidos, no início deste item, nas letras **b** e **c**. Passemos, pois, a examiná-los mais aprofundadamente.

Em face do disposto no artigo 5.º, LXXI, tem-se que goza de legitimação ativa para valer-se do mandado de injunção aquele a que for outorgado direito ou liberdade constitucionais, ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas cujo exercício é inviabilizado pela falta de norma regulamentadora. Já aqui surgem dois problemas: a quais direitos ou liberdades constitucionais se refere esse inciso? a que soberania ele alude? No tocante à primeira dessas questões, tem havido divergência na doutrina quanto à extensão desses direitos e garantias: vai-se desde a sua restrição aos direitos e garantias estabelecidos no artigo 5.º até à sua extensão máxima, ou seja, quaisquer direitos ou garantias outorgados pelo texto constitucional; e há, ainda, quem adote posição intermediária: o mandado de injunção, no concernente a direitos e garantias, abrangeria os do artigo 5.º, bem como os direitos sociais previstos no capítulo II desse mesmo Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”). A meu ver, não vejo razão suficiente para restringir os termos literais do inciso LXXI do artigo 5.º da Constituição — “direitos e liberdades constitucionais” —, certo como é que a mesma razão que justifica a concessão do mandado de injunção aos direitos e garantias previstos nesse artigo 5.º existe com relação aos outros direitos e garantias constitucionais (inclusive os **sociais**) cujo exercício seja inviabilizado pela falta de norma regulamentadora. Por outro lado, no concernente à segunda das ques-

tões a que aludimos — a que soberania diz respeito a prerrogativa referida no inciso LXXI do artigo 5.º —, diz ela respeito, sem dúvida alguma, à **soberania popular**, exercida, nos termos da lei, mediante, I — plebiscito; II — referendo; e III — iniciativa popular (art. 14, **caput** e incisos I a III).

Ainda do disposto no artigo 5.º, inciso LXXI, decorre que só é cabível o mandado de injunção quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas nele aludidos. Isso implica dizer que é esse instrumento processual cabível apenas quando houver **omissão inconstitucional**, que, aqui, se restringe à inércia quanto à regulamentação viabilizadora dos direitos, liberdades e prerrogativas, não tendo, portanto, a extensão que o § 2.º do artigo 103 dá à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a qual abarca qualquer “medida” (inclusive, pois, de ordem administrativa, como resulta da parte final desse dispositivo) que seja necessária para tornar efetiva a norma constitucional. Isso, aliás, resulta, igualmente, dos artigos 102, I, **q**, e 105, I, **h**, cujo teor fixa a competência com base no Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos, e resultou da alteração do sistema que se consolidara no Projeto Final da Comissão de Sistematização, onde, na competência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Juízes Federais e dos Tribunais Regionais Federais, se estabelecia que cabia a cada um deles processar e julgar, respectivamente:

“... o mandado de injunção contra atos do Presidente da República, do Primeiro-Ministro, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República, do Superior Tribunal de Justiça e do próprio Supremo Tribunal Federal” (art. 126, I, **d**);

“... os mandados de injunção contra ato de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal” (art. 129, I, **b**);

“... mandados de injunção contra ato do próprio Tribunal ou de Juiz Federal” (art. 132, I, **c**); e

“... mandados de injunção contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais” (art. 133, VIII).

E se aludia, nesses dispositivos, a **ato**, porque, naquele Projeto, figurava entre os direitos fundamentais o constante do seu artigo 6.º, § 55: “§ 55. Cabe ação de inconstitucionalidade contra ato que, por ação ou omissão, fira preceito desta Constituição”. Ora, como o mandado de injunção, segundo o § 51 desse mesmo artigo 6.º, era concedido, na forma da lei, “sempre que a falta de norma regulamentadora e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania do povo e à cidadania”, por certo a alusão, nos arts. 126, 129, 132, e 133, na parte acima transcrita, a atos dos Poderes, órgãos, entidades ou autoridades nesses referidos, decorria da curiosa técnica do § 55 do artigo 6.º: a de ter-se como **ato a ação ou omissão** violadora de preceito constitucional. Excluído, no Projeto B a ser votado no segundo turno, o § 55 do artigo 5.º, os outros dispositivos sobre a competência para o processamento e julgamento dos mandados de injunção continuaram com a redação que tinham, e, portanto, com a expressão “contra atos”, quan-

do já então esses atos eram apenas as omissões regulamentadoras. Só na redação final, em setembro de 1988, é que esses dispositivos caíram, dando lugar aos que, com a redação que se manteve na Constituição, fixaram a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para o processamento e julgamento originários do mandado de injunção.

Ademais, e tendo em vista não só que o mandado de injunção não é instrumento processual de caráter transitório, mas, sim, permanente, como também que é ele cabível quando há omissão de órgãos ou autoridades que não legislam, como resulta dos artigos 102, I, q, e 105, I, h, a falta de regulamentação a que se refere o artigo 5.º, LXXI, abrange, não apenas a ausência de lei, mas de iniciativa legislativa, de decreto regulamentador, ou, até, de outros atos administrativos normativos necessários à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude esse dispositivo constitucional. É essa falta de regulamentação se caracteriza quando é ela total ou apenas parcial, porquanto esta configura também omissão.

De outra parte, como deflui dos artigos 102, I, q, e 105, I, h, a competência para o processamento e julgamento originários do mandado de injunção é fixada **ratione personae**, ou seja, em razão da condição dos Poderes, órgãos, entidades ou autoridades a que seja imputada a omissão regulamentadora, o que, segundo a técnica processual, se dá quando essas pessoas estão em causa, participando, portanto, da relação jurídica processual, na defesa de interesse jurídico.

Esses, portanto, são os elementos de que dispomos para determinar a índole que a Constituição Federal quis imprimir ao mandado de injunção.

Sobre essa questão — que é fundamental para o exame da auto-aplicabilidade, ou não, das normas constitucionais relativas a esse instituto —, existem duas orientações básicas que têm sido defendidas:

a) — o mandado de injunção é ação que se propõe contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos quanto à norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o artigo 5.º, LXXI, e se destina a obter uma sentença que declare a ocorrência da omissão inconstitucional, ou marque prazo para que isso não ocorra, a fim de que se adotem as providências necessárias à eliminação dessa omissão: e

b) — o mandado de injunção é ação que se propõe contra a pessoa jurídica de direito público ou o particular a que incumbe a observância do dever jurídico correspondente ao direito subjetivo, garantia ou prerrogativa cujo exercício está inviabilizado pela omissão regulamentadora, e que culmina com sentença constitutiva em favor do autor, viabilizando-lhe esse exercício, com a sua regulamentação.

Essa segunda orientação apresenta variantes: o mandado de injunção, por via direta ou por via incidente, visaria apenas a obter do Poder Judiciário a regulamentação necessária, sendo esta aplicável ao interessado, ou na ação principal, ou em ação posteriormente proposta se a regulamentação viesse a ser desrespeitada pela pessoa jurídica

de direito público ou pelo particular a que incumbe o dever de observá-la; ou o mandado de injunção visaria à obtenção da regulamentação, e de sua aplicação imediata, no caso concreto, ao autor e ao réu, ordenando-se a este que a cumprisse em favor daquele. Ademais, no tocante aos limites da eficácia do julgado, varia também a opinião dos seguidores dessa segunda orientação, qualquer que seja a variante adotada, pois alguns sustentam que a regulamentação obtida por meio de mandado de injunção teria eficácia extensiva a todos os casos análogos (eficácia **erga omnes**), ao passo que outros entendem que essa eficácia se adstringiria ao caso concreto, havendo até quem sustente que, nesta última hipótese, as discrepâncias de regulamentação por acaso surgidas poderiam ser eliminadas pelo mecanismo da uniformização de jurisprudência.

5. Qual dessas orientações é compatível com os textos constitucionais relativos ao mandado de injunção?

Para responder a essa indagação, começo por examinar o fundamento em que se sustenta a segunda orientação — a de que o mandado de injunção é uma ação de cognição constitutiva — e que é o argumento básico para, segundo seus adeptos, afastar a primeira. Esse fundamento é o de que o mandado de injunção se destina, segundo o art. 5.º LXXI, da Carta Magna, a viabilizar o exercício dos direitos, garantias e prerrogativas ali referidos, quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício deles, finalidade essa que não é alcançável pela índole que a primeira orientação atribui ao mandado de injunção, uma vez que continuarão inviabilizados os direitos, as garantias e as prerrogativas do autor dessa ação, se o Poder a que compete regulamentar o seu exercício persistir inerte, apesar do mandamento judicial, dado que, em nosso sistema jurídico, não há a possibilidade de impor-lhe sanção por essa inércia. Essa viabilização só será possível — e para isso é que se criou o mandado de injunção — se se der a ele a natureza de ação constitutiva, em que o juiz ou o Tribunal supra essa omissão, regulamentado para o caso concreto, com eficácia **erga omnes** segundo uns, ou sem ela, consoante outros.

Ora, esse fundamento seria decisivo em favor da corrente que nele se baseia, se, por meio do mandado de injunção como ação constitutiva em que a regulamentação suprida pelo Judiciário se limite ao caso concreto ou se estenda a todos os casos análogos, sempre se viabilizasse o exercício dos direitos, das garantias ou das prerrogativas a que se refere o artigo 5.º, LXXI, da Constituição Federal. Isso, porém, não sucede na maioria das hipóteses de falta de regulamentação. Com efeito, são exatas estas observações de CALMON DE PAS-SOS (**Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data — Constituição e Processo**, item 20.7, págs. 112/113), que é partidário dessa corrente:

“Entendemos, entretanto, descaber o mandado de injunção quando o adimplemento, seja pelo particular, seja pelo Estado, envolve a organização prévia de determinados serviços ou a alocação específica de recursos, porque nessas circunstâncias se faz inviável a tutela, inexistentes os recursos ou o serviço, e construir-

se o mandado de injunção como direito de impor ao Estado a organização de serviços constitucionalmente reclamados teria implicações de tal monta que, inclusive constitucionalmente, obstam, de modo decisivo, a pertinência do **mandamus** na espécie. Tentarei um exemplo. O seguro-desemprego. Impossível deferir-lo mediante o mandado de injunção, visto como ele é insuscetível de atribuição individual, sem todo um sistema (técnico) instalado e funcionando devidamente. Também seria inexigível do sujeito privado uma prestação inapta a revestir-se do caráter de pessoalidade reclamada na injunção, como, por exemplo, a participação nos lucros da empresa. A competência deferida ao Judiciário, de substituir-se ao Legislativo para edição da norma regulamentadora não derroga todos os preceitos que disciplinam a organização política do Estado, sua administração financeira, as garantias orçamentárias e a definição de políticas e de estratégias de melhor aplicação dos dinheiros públicos alocados para atendimento das necessidades de caráter geral. Quando conflita o interesse do indivíduo, de obter proteção imediata para seu direito constitucional, e a inviabilidade de deferir-lo sem que, concomitantemente, igual situação se estenda aos que se encontram em idêntica situação, descabe a injunção; como igualmente descabe se importa na imposição a terceiros de ônus ou encargos não previstos, ainda, em lei".

Como se vê, a maior parte dos casos de omissão ficaria fora do âmbito do mandado de injunção. E isso sem falar nas hipóteses em que não seria possível ao S.T.F., ou a algum outro Tribunal competente, fazer a regulamentação, por falta de condições técnicas para fazê-lo, o que os levaria ao impasse do **non liquet** que não é admissível em nosso sistema jurídico, em que o juiz não pode deixar de julgar; nem na possibilidade de decisões diversas em mandados distintos, que nem sempre serão julgados pelo mesmo Juízo ou Tribunal, como decorre das normas de competência inseridas nos artigos 105, I, h, parte final, e 121, § 4.º, V.

Há mais.

Para os adeptos dessa segunda corrente que circunscrevem a eficácia da regulamentação às partes, não admitindo sua extensão aos casos análogos, o mandado de injunção com essa índole seria insuscetível de viabilizar o exercício de toda uma espécie de prerrogativas para a qual ele foi criado pelo artigo 5.º, LXXI: as prerrogativas inerentes a soberania popular. Com efeito, essas prerrogativas, que dizem respeito a plebiscito, iniciativa popular legislativa e referendo, são insuscetíveis, pelo caráter coletivo ínsito à sua natureza mesma, de regulamentação individual, que a tanto conduz a regulamentação a ser aplicada ao caso concreto. Só isso basta para afastar essa variante da segunda corrente, pois não se pode atribuir ao mandado de injunção natureza que é impossível com uma das hipóteses para as quais ele foi constitucionalmente criado. Ademais, se a regulamentação é para o caso concreto, a sentença constitutiva faz, sem dúvida alguma, coisa julgada entre as partes, e não poderá ser modificada pela lei posterior que venha a regulamentar o direito, a garantia ou prerrogativa

a que alude o artigo 5.º, LXXI, em virtude do princípio constitucional contido no inciso XXXVI desse mesmo artigo 5.º da Constituição Federal: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Também a outra variante dessa segunda corrente — a que entende que a regulamentação decorrente do mandado de injunção tem eficácia **erga omnes** — encontra óbices intransponíveis. Com efeito, por ela, o que, expressamente, a Constituição não permite na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que é abstrata e que se destina a ter eficácia **erga omnes** por sua própria natureza, seria permitido a qualquer do povo: a regulamentação de texto constitucional feita pelo Poder Judiciário e aplicável a todos os casos análogos. O que não se permite seja obtido pelos legitimados ativamente para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que é processo objetivo em que não há a defesa de interesses particulares e que se destina ao interesse público maior que é a defesa da Constituição, seria lícito alcançar por qualquer pessoa na defesa de interesse individual, o que levaria ao absurdo de o mandado de injunção esvaziar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Sim. Pelo menos, seria inexplicável que a regulamentação do texto constitucional objeto de ação direta proposta por ela alcançada, limitando-se o Supremo Tribunal Federal a dar ciência, ao Poder omissor, de sua omissão, e este mesmo Supremo Tribunal Federal, ao julgar, imediatamente após, um mandado de injunção impetrado por uma pessoa filiada a essa mesma entidade de classe de âmbito nacional, pudesse regulamentar o mesmo texto constitucional objeto daquela ação direta, e regulamentá-lo com eficácia **erga omnes**. E mais. Se a omissão fosse relativa a ato normativo a ser editado por órgão, entidade ou autoridade que desse margem à competência de Juiz ou de Tribunal inferior para o processamento e julgamento de mandado de injunção, o filiado da entidade de classe que, no exemplo acima, em ação direta só obtivera do Supremo Tribunal Federal a ciência ao Poder omissor para que este adotasse as providências necessárias, poderia obter do Juiz ou do Tribunal inferior, por meio do mandado de injunção, a regulamentação visada com eficácia **erga omnes**, só restando ao Supremo Tribunal Federal, se, afinal, houvesse recurso extraordinário para ele, o exame da constitucionalidade dessa regulamentação, e não do mérito dela. Aliás, do exame da evolução dos trabalhos da Constituinte, verifica-se, claramente, que não se deu ao Supremo Tribunal Federal — e o mesmo motivo é bastante para não dá-lo a quaisquer Juízes e Tribunais em mandado de injunção que visasse à regulamentação extensível aos casos análogos — o poder de legislar, ainda que provisoriamente, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão em respeito ao princípio da separação dos Poderes, que, na Constituição atual, foi incluído entre os princípios imunes ao poder de revisão (artigo 60, § 4.º, III). De feito, como se vê na obra **Projetos de Constituição (Quadro Comparativo)** editada pelo Senado Federal, a pág. 199, o § 2.º do artigo 103 da Constituição Federal resultou da fusão de dois parágrafos que vieram dos Projetos aprovados nas Comissões Temáticas, e que tinham o teor seguinte:

“§ 2.º — Declarada a inconstitucionalidade, por omissão, de medida para tornar efetiva norma constitucional, será assinado prazo ao órgão do poder competente, para a adoção das providências necessárias, sob pena de responsabilidade e suprimento pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3.º — Decorrido o prazo aludido no parágrafo anterior sem que seja sanada a omissão, poderá o Supremo Tribunal Federal editar resolução, a qual, com força de lei, vigorará supletivamente”.

Esses dois parágrafos foram mantidos, *ipsis litteris*, no Primeiro Substitutivo da Comissão de Sistematização. Todavia, no Segundo Substitutivo dessa mesma Comissão, foram eles fundidos num único parágrafo, em que se retirou a possibilidade de suprimento da regulamentação pelo Supremo Tribunal Federal, deixando-lhe, apenas, a possibilidade de assinar prazo ao órgão do Poder competente omissivo:

“§ 2.º — Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será assinado prazo ao órgão do Poder competente para a adoção das providências necessárias”.

E, no Projeto Final dessa Comissão de Sistematização, é que surgiu a redação que foi acolhida no texto constitucional vigente:

“2.º — Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida alguma, a que se compatibiliza com o sistema constitucional vigente que deu particular relevo à separação de Poderes (arts. 2.º e 60, § 4.º, III), que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5.º, II), e que, também, atento ao princípio democrático, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e contrafreios de que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo.

6. Portanto, além de essa segunda corrente, por qualquer de suas duas variantes, não apresentar solução que viabilize o exercício de grande parte dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o artigo 5.º, LXXI, e de pretender que o Poder Judiciário, quer regulamentando texto constitucional para o caso concreto, quer o regulamentando com eficácia *erga omnes*, exerça função para a qual, as mais das vezes, não está ele aparelhado — e função que não lhe foi atribuída sequer na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em que não haveria o inconveniente da multiplicidade de regulamentações por Juízos ou Tribunais inferiores diversos, e em que essa regulamentação seria a consequência natural de ação dessa índole —, o certo é que a ela se

contrapõem obstáculos constitucionais intransponíveis, como se demonstrou acima.

7. Já com relação à primeira corrente — o mandado de injunção é ação que se destina a obter uma sentença que declare a ocorrência da omissão inconstitucional, ou que marque prazo para que isso não ocorra, a fim de que se adotem as providências necessárias à eliminação dessa omissão —, não há qualquer óbice de natureza constitucional. Ao contrário, os textos constitucionais a ele referentes são indicativos da índole que essa corrente lhe atribui.

Com efeito, sua denominação (algo como “mandado de ordem”) e sua colocação, em textos constitucionais (arts. 102, II, a; e 121, § 4.º, V), ao lado do mandado de segurança, com a admissão de recurso ordinário no caso de **decisão denegatória** são tecnicamente incompatíveis com ação constitutiva que não se destina — como ocorre com o mandado de segurança quando este tem natureza constitutiva — a desconstituir situação jurídica nova para restabelecer a anterior, e ação constitutiva cuja decisão final não é de deferimento ou de denegação do requerido. Mas são ambas compatíveis com a categoria da **ação mandamental**, criada por KUTTNER (*Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*, § 3, pp. 21 e segs.), e assim caracterizada por GOLDSCHMIDT (*Zivilprozessrecht*, 2.ª ed., § 15a., p. 61): “Das **Anordnungsklarecht** ist gerichtet auf Erlass einer Anordnung an ein anderes Staatsorgan durch richterliches Urteil” (“A ação mandamental é dirigida à obtenção de um mandado a um outro órgão do Estado por meio de uma sentença judicial”). Daí, com relação ao mandado de segurança, acentuar LOPES DA COSTA (*Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. IV, 2.º ed., n.º 587, p. 431):

“A natureza do mandado de segurança depende do fim visado pelo impetrante.

Se o objeto do pedido for um ato positivo da administração, a ação entrará na categoria criada por GOLDSCHMIT — **ação mandamental**. A ação em cujo processo o juiz decide expedindo um preceito, um mandamento a outro órgão do Estado.

Todas as ações de prestação contra o Estado são mandamentais. A sentença não é passível de execução direta”.

Por outro lado, a fixação da competência para o processamento e julgamento do mandado de injunção em razão da pessoa (*ratione personae*) — Poder, órgão, entidade ou autoridade federais (arts. 102, I, g, e 105, I, h) — só se faz no texto constitucional, como observa AMARAL SANTOS (*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vol. I, 5.ª ed., n.º 168, pág. 183), “em casos muito especiais e pela circunstância do sujeito da lide ser pessoa jurídica de direito público, nacional ou estrangeira, órgãos ou pessoas que se lhes assemelham pelas funções que exerçam”, o que, evidentemente, não ocorreria se o mandado de injunção, como pretendem os seguidores da corrente que o caracteriza como ação constitutiva, pudesse ser ajuizado contra o particular que, em virtude da regulamentação do exercício do direito do autor, teria o dever jurídico de respeitá-lo, pois, nesses casos, o ente de direito público omissivo não seria, obviamente, sujeito da lide. Ademais, se o

próprio Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade, não pode, como decorre de texto constitucional expresso, suprir, ainda que provisoriamente, a omissão constitucional de qualquer Poder, órgão, entidade ou autoridade a que incumbe elaborar norma regulamentadora, direta ou indiretamente, de texto constitucional que verse direitos, garantias e prerrogativas a que alude o art. 5.º, LXXI, da Constituição — o que, como já se viu, era expressamente admitido no Primeiro Substitutivo da Comissão de Sistematização, e foi, afinal, substituído pela “ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias” —, resulta daí, logicamente, que não poderá ele, em mandado de injunção em que o autor — ao contrário do que sucede na ação direta de inconstitucionalidade — não defende interesse público, mas interesse individual, regulamentar texto constitucional genericamente (para os que entendem que sua decisão tem eficácia **erga omnes**), ou até para o caso concreto, pois, ainda nessa hipótese, haverá uma regulamentação, que — admitido o mandado de injunção coletivo — poderá abarcar todos os destinatários da norma, ou boa parte deles. Aliás, a admitir-se essa regulamentação, ter-se-á este absurdo: o que o Supremo Tribunal Federal não poderá fazer em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, Órgão Judiciário inferior a ele — assim, os Tribunais Superiores ou os Tribunais Regionais — poderá fazê-lo, em mandado de injunção.

E, por fim, como resulta inequivocamente das normas de competência contidas nos arts. 105, I, h, e 121, § 4.º, V, podendo ser competentes para processar e julgar mandados de injunção Tribunais Regionais e Juízes, o que conduziria inevitavelmente a uma diversidade de regulamentações individuais do mesmo texto constitucional, sem possibilidade de uniformização, não é lícito ao intérprete adotar exegese que conduza a resultado a que não se chega sequer em países, como os Estados Unidos da América do Norte, que, inclusive por não ter, como temos, a garantia constitucional de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, admite a coexistência do **Common Law** e da **Equity**, mas — ao que se saiba jamais outorgou ao Judiciário o poder de, por meio de qualquer modalidade de **injonction**, regulamentar texto constitucional, estendendo essa regulamentação pelo princípio do **stare decisis**. Aliás, na Alemanha, em que, como acentua FRIEDRICH JÜLICHER (**Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen**, § 1, 1, pág. 11), a jurisprudência da Corte Constitucional, alterando sua posição inicial, admite a utilização da **Verfassungsbeschwerde** — que é um instrumento processual constitucional para a defesa dos particulares contra violação a seus direitos fundamentais ou assemelhados, desde que esgotadas as instâncias ordinárias, salvo a possibilidade de prejuízo grave e irreparável — contra a omissão inconstitucional do legislador, não se arroga essa mesma Corte o poder de substituir-se ao Legislativo, como salienta FRIESENHAIN (**La Giurisdizione Costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca**, trad. CERVATI, pág. 88):

“A Corte Constitucional não pode jamais estabelecer, por si mesma, em lugar do legislador, uma certa disciplina. Ela pode e deve considerar que a declaração de uma omissão contrária à

Constituição levará o legislador a suprir a lacuna indicada” (La corte costituzionale non può mai stabilire essa stessa, al posto del legislatore, una certa disciplina. Essa può e deve considerare che l'accertamento di una omissione contraria alla costituzione indurrà il legislatore a colmare la lacuna indicata”).

Por isso, a Corte Constitucional alemã distingue a omissão inconstitucional suscetível de suprimento daquela que não o é. A omissão só poderá ser suprida se, sem a atuação do legislador, for possível dar-se eficácia à norma constitucional, e, assim mesmo, se aquele estiver em mora inconstitucional, por não haver atendido ao prazo que a própria Constituição lhe dera, ou por não haver observado o prazo que a Corte Constitucional fixou como razoável para a elaboração legislativa da norma. Já a omissão insuprível é aquela que demanda regulamentação legislativa, e é insuprível por causa, não só do princípio da separação de Poderes, mas também para não retirar do legislador a liberdade de decisão política da solução regulamentadora que lhe parece melhor (**Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers**) (vejam-se, a propósito, as decisões indicadas por SCHLAICH, **Das Bundesverfassungsgericht — Stellung, Verfahren, Entscheidungen**, pág. 171, nota 63). Graças a essa distinção, a Corte Constitucional alemã tem admitido, caso ocorra mora inconstitucional do legislador, dar eficácia derogante a normas programáticas (o que, no Brasil, a doutrina mais recente tem admitido como eficácia natural nas normas constitucionais dessa natureza), como, por exemplo, a do artigo 6.º, V, da Constituição de Bonn, relativo à determinação de que a legislação deveria criar idênticas condições de desenvolvimento físico, espiritual e social para os filhos legítimos e ilegítimos.

A única objeção que se opõe à solução adotada pela primeira corrente relativa ao mandado de injunção, embora para ela se encaminhem todos os elementos de interpretação que se podem colher dos textos constitucionais pertinentes, é a de que, na prática, a decisão dele decorrente poderá não ser cumprida, pela impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal atuar coercitivamente contra os Poderes do Estado omissos. Essa objeção, porém, não leva em conta que o mesmo ocorre — e na mesma medida — com relação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que visa, no que diz respeito à omissão regulamentadora, a “tornar efetiva norma constitucional” (art. 103, § 2.º) que não o é por falta de regulamentação, e isso não obstante o texto constitucional brasileiro — mais enfaticamente do que a Constituição Portuguesa (art. 283.º, 2), que se restringe à ciência —, não só lhe dá eficácia declaratória (a de declarar a inconstitucionalidade da omissão), mas também a mandamental, que se traduz em cientificar o Poder omissor dessa declaração, **para que este adote as providências necessárias**. Ora, **tornar efetiva uma norma constitucional** nada mais é do que **viabilizar o exercício dos direitos, garantias e prerrogativas** resultantes dessa efetivação. Isso mostra que essa ciência da declaração da omissão inconstitucional para que se adotem as providências necessárias é eficácia constitucionalmente satisfatória para a ação direta, pois não é admissível que se pretenda que a Constituição crie uma ação excepcional como é esta pelo simples prazer de criá-la, que a tanto leva a

afirmação de sua inocuidade. E, se o é para a ação direta, processo objetivo de defesa do interesse público, o será, também, para o mandado de injunção, ação que visa à defesa de interesse individual. Como sucede com o § 2.º do artigo 103, em que, na parte inicial ("Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional"), apenas se caracteriza quando será admitível tal ação direta (ou seja, quando houver omissão inconstitucional relativa a medida para tornar efetiva norma da Carta Magna), mas não se diz que cabe ao Poder Judiciário supri-la legislando ainda que provisoriamente (o que a segunda parte do dispositivo afasta expressamente), o mesmo ocorre com o texto do artigo 5.º, LXXI, que se omite quanto à segunda parte do artigo 103, § 2.º, ficando apenas com norma semelhante à da primeira desta: a em que se caracteriza qual a omissão que dá margem ao uso do mandado de injunção (a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania), mas, também, não se diz que caberá ao Poder Judiciário, substituindo-se ao Poder competente, fazer essa regulamentação, restrita ao caso concreto, ou extensível a todos os casos análogos. A Constituição partiu da premissa de que, com a procedência da ação direta ou do mandado de injunção, o Poder competente, declarada a inconstitucionalidade de sua omissão, não persistirá em sua atitude omissa. E, bem ou mal, contentou-se com essa eficácia. Ao Supremo Tribunal Federal, a que precipuamente incumbe a guarda dessa Constituição, não é dado, sem qualquer apoio em elementos interpretativos sólidos, desconsiderar essa eficácia, para, com base nessa desconsideração, ter como inócuo o mandado de injunção, e atribuir-lhe efeitos que, como se demonstrou, não se coadunam com o sistema dessa mesma Constituição. Note-se, aliás, que, na Alemanha, com relação às omissões insupríveis por dependerem necessariamente de norma regulamentadora, até hoje o problema do não cumprimento de decisão, nesse sentido, da Corte Constitucional não se colocou à sua apreciação, pela consciência de que, estando todos os órgãos constitucionais vinculados à decisão desse Tribunal, não deixarão eles de cumprir, quando alertados da caracterização de sua omissão, o **princípio da fidelidade constitucional** (*Verfassungsgorganstreue*).

Ademais, o mandado de Injunção assim entendido, não só — o que não sucede com a natureza que lhe empresta a segunda corrente — não deixa fora de sua esfera de atuação nenhum dos direitos, garantias ou prerrogativas a que se refere o artigo 5.º, LXXI, mas também apresenta um outro efeito: o da caracterização da mora do Poder, órgão, entidade ou autoridade competente para editar a regulamentação, quando, para tanto, a Constituição não fixa prazo.

E o que é mais. Se esta Corte, ao julgar o mandado de injunção impetrado por alguém, declarar a omissão argüida como inconstitucional, não se limitará ela a cientificar o Poder omissor para que tome as providências necessárias ao seu suprimento, mas poderá determinar, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado mas cujo exercício está inviabilizado por omissão deste, que, enquanto esta não for suprida, se suspendam os processos judiciais ou administrati-

vos — o que alcança, evidentemente, até a ameaça de sua instauração — de que possa advir para o impetrante dano de que não ocorreria se aquele direito fosse exercitável. É a consequência decorrente de não poder o Estado, por seus diversos Poderes e Órgãos, valer-se do princípio de que não está obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei, certo que é que esta não existe por inconstitucional omissão sua.

Não há, assim, como pretender-se que o mandado de injunção — como sucede com a *Verfassungsbeschwerde*, no direito alemão, que **BÉGUIN (Le Contrôle de la Constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne**, págs. 272 e segs.), ainda nos casos de omissão inconstitucional, alude como instrumento processual que dá margem a **une décision d'injonction** — não tenha eficácia prática.

8. Portanto, em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5.º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2.º, da Carta Magna), com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos referida no final do item anterior deste voto.

Assim fixada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte — que está devidamente definida pelo artigo 102, I, q —, auto-executável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber.

É como voto nesta questão de ordem.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: — O mandado de injunção constitui um dos mais expressivos instrumentos jurídicos de proteção jurisdicional aos direitos, liberdades e prerrogativas de índole constitucional. A tutela concretizadora desses direitos fundamentais, mediante utilização desse singularíssimo meio formal, deriva da necessidade de tornar viável o seu exercício, que é obstado pela inércia do Estado em adimplir o dever de emanar normas, imposto pela Constituição.

Por isso mesmo, a nova Lei Fundamental do Brasil institucionalizou esse **remedium juris**, com o objetivo de superar as consequências prejudiciais às liberdades públicas, que necessariamente decorrem do

comportamento negativo do Poder Público que se abstém de cumprir a obrigação constitucional de editar normas e de prescrever regras jurídicas imprescindíveis ao exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas assegurados pelo texto da Carta Política.

A Assembléa Nacional Constituinte, ao promulgar a nova Constituição brasileira, teve consciência da realidade jurídica nacional, sempre pontuada por situações configuradoras de inconstitucionalidade por omissão.

Daí, a positivação do instituto do mandado de injunção pela regra inscrita no art. 5º, inciso LXXI, cujo conteúdo normativo é bastante expressivo, **verbis**: "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".

Instrumento de concretização da vontade formalmente manifestada pelo órgão exercente do poder constituinte, o mandado de injunção qualifica-se como ação de índole civil. Ação de extração constitucional e de caráter especial, que se destina — em sua precípua função jurídico-processual — a viabilizar, **in concreto**, o exercício das liberdades públicas, obstado pela ausência de norma regulamentadora, derivada de inércia imputável aos órgãos estatais competentes (José Afonso da Silva, "Curso de Direito Constitucional Positivo", p. 387, 5ª ed., 1989, RT; Diomar Ackel Filho, "Writs Constitucionais", p. 104/109, 1988, Saraiva; Rogério Lauria Tucci/José Rogério Cruz e Tucci, "Constituição de 1988 e Processo", p. 155, 1989, Saraiva; Vicente Greco Filho, "Tutela Constitucional das Liberdades", p. 180, 1989, Saraiva).

A previsão do mandado de injunção, pelo legislador constituinte, assume múltiplas significações.

Representa, antes de mais nada, um instrumento de acentuação da supremacia da ordem constitucional e de preservação da vontade constituinte formalmente positivada nos preceitos da Lei Maior.

Nesse contexto, a omissão inconstitucional dos Poderes Públicos e das autoridades estatais, concretizada pelo inadimplemento de seu dever de emanar regramentos normativos — encargo jurídico que lhes é imposto pela própria Constituição — encontra nesse **writ** — que é um meio de tutela constitucional das liberdades, direitos e prerrogativas das pessoas —, um poderoso fator de neutralização da inércia legislante e da abstenção normatizadora do Estado.

O mandado de injunção traduz, ainda, significativa reação jurídico-institucional do novo ordenamento político, que nele forjou o instrumento destinado a impedir o **desprestígio** da própria Constituição. O sentido da preocupação do legislador constituinte, com a possível desconsideração de sua obra, pelos poderes constituídos, foi bem captado por RITINHA A. STEVENSON GEORGAKILAS, Mestre em Direito e Professora de Lógica e Metodologia Jurídica na PUC/SP, que lhe dispensou lúcida análise em passagem referente à Constituição brasileira de 1988 e ao tema da normatização de sua supremacia: "A Constituição brasileira de 1988 foi prodigamente dotada de normas consa-

gradoras de sua supremacia, o que não deixa de ser um sinal indicador da preocupação ou apreensão do constituinte (e dos cidadãos, indiretamente) com a possibilidade da sua desobediência, ou da desconsideração de tal supremacia pelos encarregados de lhe dar cumprimento" ("Constituição de 1988: Legitimidade — Vigência e Eficácia — Supremacia", obra escrita em conjunto com Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Maria Helena Diniz, p. 105, 1989, Atlas, SP).

As Constituições consubstanciam ordens normativas, cuja eficácia, autoridade e valor não podem ser afetados ou inibidos pela voluntária inação dos órgãos e instituições estatais, que simplesmente descumprem — por inércia e omissão — o dever, constitucionalmente prescrito, de emanar normas.

Daí, a advertência de ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ ("Processos Informais de Mudança da Constituição", p. 217/218, 1986, Max Limonad, S. Paulo), ao versar, doutamente, o tema da inércia no plano constitucional, **verbis**: "A Constituição, obra de um Poder mais alto, solenemente promulgada, destina-se a ser efetivamente observada, cumprida e aplicada(...) E, com efeito, se se aceita a Constituição como obra de compromisso, posta pelos constituintes no exercício do Poder Constituinte Originário, que lhes é conferido pelo povo, é de se esperar que a Constituição escrita seja aplicada plenamente, em especial pelos detentores dos Poderes constituídos: Legislativo, Executivo e Judiciário que, em regra, são titulados, pelo Constituinte, guardiães da Constituição."

A inércia dos órgãos estatais, que deixam de exercer a obrigação de emanar normas, determinadas em preceitos constitucionais, traduz verdadeiro processo informal de mudança da Constituição. "Configura inegável processo de mudança constitucional; embora não altere a letra constitucional, altera-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser dita como inconstitucional.

Afeta, também, o sentido da Constituição.

Destinada esta à aplicação efetiva, qualquer obstáculo que se lhe anteponha desvirtua sua finalidade, resultando numa inconstitucionalidade, ainda que insindicável e temporária. Por outro lado, indiretamente, a inércia dá causa à ocorrência de outros processos de mutação constitucional. O distanciamento, no tempo, entre a elaboração constitucional e a sua efetiva aplicação, sofre, inexpressavelmente, influência das transformações sociais diuturnas e constantes, de tal sorte que, após uma prolongada dilatação na aplicação do texto, é provável que esta, quando se efetivar, dê à Constituição sentido e significado diversos daqueles acolhidos no momento da formação da norma fundamental.

Como modalidade de mutação constitucional a inércia é processo pernicioso, que acarreta conseqüências desastrosas à vida constitucional dos Estados." (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, op. cit., p. 231).

Tais conseqüências, extremamente prejudiciais à própria integri-

dade da ordem constitucional, têm suscitado expressiva reação do ordenamento jurídico, que vem institucionalizando, no plano do direito comparado, mecanismos vários, destinados a obviar a imperfeição de tais situações evidentemente inconstitucionais. A experiência constitucional comparada tem sido rica na espécie: em Portugal, com a ação de fiscalização de Inconstitucionalidade por omissão; na Iugoslávia, com a outorga de competência ao Parlamento para adotar as providências que se façam necessárias, em face da inércia do Estado; na Itália, com a iniciativa popular legislativa; na República Federal da Alemanha, com o instituto da **Verfassungsbeschwerde**, verdadeira ação constitucional utilizável quando o órgão ou autoridade pública, por ação ou omissão, violar os direitos fundamentais ou assemelhados previstos na Lei fundamental de Bonn.

ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI ("Constituição de 1988 e Processo", p. 151/152, 1989, Saraiva), analisando a **Verfassungsbeschwerde** do direito germânico, assim delinham o seu perfil:

"A experiência jurídica da República Federal da Alemanha, por sua vez, remodelou o **Verfassungsbeschwerde**, instituto de índole constitucional que enseja ao Poder Judiciário complementar o sistema de direitos e garantias instituído pela Lei Fundamental.

Com efeito, o § 32 do **Neunzehnte Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes**, de 29 de janeiro de 1969, que conferiu dignidade constitucional ao **Verfassungsbeschwerde**, dentre outras atribuições, outorga à Corte Constitucional Federal (**Bundesverfassungsgericht**) o poder de regulamentar provisória e prontamente uma situação concreta que possa causar grave dano ao requerente.

Por esse meio processual, qualquer jurisdicionado (**jedermann**: pessoa física, jurídica ou associação), sem quaisquer despesas, pode apresentar uma reclamação, **per saltum** diretamente, àquele tribunal **atinente à violação** — ato ou omissão — **dos próprios direitos fundamentais (Grundrechte)**, por algum órgão público.

Em abono da última asserção, explica Cappelletti que a doutrina e a jurisprudência alemãs afirmam a admissibilidade do uso desse instituto processual de natureza constitucional, não só com relação à atuação, mas também frente ao comportamento omisso da autoridade, que acarrete lesão a direito individual. E se a ofensa for do legislador — complementa — o **Rechtsbehelf** torna-se, igualmente, cabível sempre que se trate de 'omissão relativa', qual seja, e.g., a lei que reconheça certos privilégios a apenas um determinado segmento social, com violação do postulado da igualdade dos cidadãos.

Assim, estende-se a utilização dessa via jurisdicional à colisão, quer de ofensa aos direitos da personalidade, da lesão aos direitos de cidadania (sufrágio, igualdade de oportunidades) e às garantias do processo.

A admissão a processamento fica, no entanto, condiciona-

da à exaustão da via processual ordinária ou ao perigo de **dano irreparável** do interessado.

O remédio constitucional, nessa derradeira hipótese, dado o seu caráter de subsidiariedade (**Subsidiaritätsprinzip**), propicia ao cidadão uma tutela jurisdicional diferenciada, ao permitir rápida e efetiva intervenção da Corte Constitucional para assegurar o cumprimento das garantias subjetivas do interessado.

Daí porque, como assevera Trocker, foi ele equiparado à invisível espada de Dâmocles, uma vez que pende sobre todos os órgãos do Poder Público, forçando-os a uma irrestrita atenção às disposições constitucionais.

De acrescentar-se que a Corte, ao decidir o **Verfassungsbeschwerde**, conquanto de modo pro. isório (**einstweilige Anordnung**), pode estabelecer os critérios a serem adotados pela autoridade ofensora, a fim de que sua atitude ou omissão não mais afronte o texto constitucional.

Assim também que o aludido órgão jurisdicional, não obstante vinculado aos elementos objetivos deduzidos na petição (**causa petendi e petitum**), tem os seus poderes extremamente alargados para a apuração da verdade.

E, de resto, que o julgamento da Corte Constitucional ostenta força vinculante (**Bindungswirkung**) para todas as autoridades **'non solo nel dispositivo ma anche nella parte portante' della motivazione (trangende Gründe)**."

É preciso registrar, neste ponto, que, já em 1824, não escapara à nossa primeira Constituição — a Carta Política do Império do Brasil — essa grave preocupação de fazer cumprir os mandamentos constitucionais, tanto que o seu artigo 173 dispunha, categoricamente, que "A Assembléia Geral no princípio das suas Sessões examinará se a Constituição Política do Estado tem sido exatamente observada, **para prover, como for justo**".

Essa inquietação doutrinária, de repulsa à **'inatividade consciente na aplicação da Constituição'** (v. ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERAZ, op.loc.cit.), foi demonstrada por JOSÉ AFONSO DA SILVA ("Aplicabilidade das Normas Constitucionais", p. 212, 2ª ed., 1982, RT), para quem não basta "ter uma Constituição promulgada e formalmente vigente, impende atuá-la, completando-lhe a eficácia para que seja totalmente cumprida".

O comportamento negativo dos poderes constituídos, que deixam de editar normas regulamentadoras previstas na Constituição, torna inviável — numa típica relação causal — o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas assegurados às pessoas pelo estatuto constitucional.

O desprestígio da Constituição — por inércia de órgãos meramente constituídos — representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, além de evidenciar o inaceitável desprezo das liberdades públicas pelos poderes do Estado.

Essa constatação, feita por KARL LEOWENSTEIN ("**Teoria de la**

Constitución", p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta um fenômeno que ele denominou de **erosão da consciência constitucional**, que decorre do processo de desvalorização funcional da Constituição escrita.

Na análise da estrutura constitucional do mandado de injunção, constata-se, desde logo, como um dos pressupostos essenciais de sua admissibilidade, "a falta de norma regulamentadora".

Essa situação de **lacuna técnica**, "ou seja, da ausência de uma norma impensável para que outra produza efeitos jurídicos" (MARIA HELENA DINIZ, "Norma Constitucional e seus Efeitos", p. 38, 1989, Saraiva; HANS KELSEN, "Teoria Pura do Direito", vol. 2/111-112, 1962, Coimbra) —, embora pressuposto necessário da impetrabilidade do mandado de injunção, não é, por si só, requisito suficiente, pois a regra institutiva desse **writ** impõe, ainda, a existência de um nexo causal entre o **vacuum juris** e a **impossibilidade** de exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

O magistério do eminente constitucionalista PINTO FERREIRA ("Comentários à Constituição Brasileira", vol. 1º/207, 1989, Saraiva) é categórico nesse sentido: "O mandado de injunção será concedido sempre que a falta e inexistência de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Foi precisamente essa a razão pela qual o Supremo Tribunal Federal não conheceu, unanimemente, de mandado de injunção, que havia sido originariamente impetrado perante esta Corte: "Destina-se o mandado de injunção a viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, à cidadania, sempre que **a falta de norma regulamentadora o impeça...**" (MI nº 24-7 — DF — Medida Liminar, rel. Min. CÉLIO BORJA, Plenário, DJ de 02.12.88, pág. 31.891).

É preciso assinalar, no entanto, que o mandado de injunção não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas.

O mandado de injunção não é sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. Não legitima, por isso, a veiculação de provimentos normativos que se destinem a substituir a faltante norma regulamentadora sujeita a competência, não exercida, dos órgãos públicos. O Supremo Tribunal Federal não se substitui ao legislador ou ao administrador que se hajam absterido de exercer a sua competência normatizadora. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder.

Cuida-se de instrumento jurídico-constitucional que apenas objetiva viabilizar direitos, **já reconhecidos e instituídos pela própria Lei**

Fundamental, cujo exercício se mostra, no entanto, comprometido pela inércia normatizadora do órgão estatal inadimplente.

Por isso mesmo, o mandado de injunção não constitui remédio juridicamente idôneo para fazer atuar direitos, liberdades ou prerrogativas constitucionais, cujo exercício tenha por fundamento preceitos da Constituição que já possuam normatividade suficiente, a legitimar a sua direta, imediata e integral aplicação. Tais preceitos desnecessitam de integração normativa. A normatividade que lhes compõe o conteúdo é suficientemente densa e exaustiva.

Daí, a unânime decisão do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária (DJ, de 14.04.89), proferida no Mandado de Injunção nº 74-SP, relator o eminente Ministro Carlos Madeira, a respeito do tema, em acórdão assim ementado:

"Mandado de Injunção para assegurar anistia da correção monetária de dívida de microempresa. Artigo 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O dispositivo transitório prevê meticulosamente as condições para a concessão do benefício, não havendo como cogitar de norma regulamentadora de sua aplicação aos casos concretos. Pedido a que se nega seguimento."

Decisão idêntica, em caso semelhante — concessão de anistia da correção monetária, com fundamento no art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias —, também foi proferida no Mandado de Injunção nº 117-MG, relator o eminente Ministro Paulo Brossard (DJ, de 14.06.89), que acentuou a inviabilidade do pedido, em face da **inocorrência** de inércia estatal justificadora do **writ**, "pois a norma existe, e não está para ser editada, tanto, que é invocada expressamente pela requerente."

Inexistindo pretensão à emanção de norma regulamentadora, não há como dar trânsito a qualquer ação de mandado de injunção, posto que lhe **falece** um dos seus pressupostos essenciais: a necessidade de regulamentação normativa, por ato legislativo ou administrativo, do preceito constitucional institutivo dos direitos e prerrogativas constitucionais.

A questão da auto-aplicabilidade da norma constitucional pertinente ao mandado de injunção, **inobstante** o dissídio doutrinário que se registra em torno do tema — autores como **Vicente Greco Filho**, op. cit., p. 179/188; **Rogério Lauria Tucci/José Rogério Cruz e Tucci**, op. cit., p. 156; **Ritinha A. Stevenson Georgakilas**, op. cit., p. 110; **Ivo Dantas**, "Mandado de Injunção", p. 73, 1989, Aides Editora; **Celso Ribeiro Bastos/Ives Gandra Martins**, "Comentários à Constituição do Brasil", vol. 2/360, 1989, Saraiva; **José Afonso da Silva**, op. cit., p. 390, representam opiniões que entendem dispensável a regulamentação do preceito em questão. Dessa posição discorda Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "Notas sobre o mandado de injunção", in Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de outubro/88, nº 20, p. 293, que **reclama** a superveniência do necessário regramento legislativo — foi superior e afirmativamente apreciada pelo eminente Ministro-relator.

O mandado de injunção — acentuou S. Ex.^a — configura ação constitucional tendente a uma sentença mandamental, que só tem — e pode ter —, por destinatários, os órgãos estatais sujeitos ao dever de emanar normas prescritas na Constituição.

Da inércia injustificável da autoridade pública, na execução do encargo que lhe foi constitucionalmente imposto, poderão decorrer — uma vez positivada pelo supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do comportamento omissivo — conseqüências jurídico-administrativas compatíveis com o estado de **mora constitucional** em que terá incorrido o órgão estatal faltoso.

Desejo salientar, ainda, por relevante, que o mandado de injunção — analisado globalmente em seu perfil constitucional — **não se presta**, e nem para tanto foi concebido, a tutelar direitos cujo exercício se frustrou pela inexecução do **dever legal** de emanar normas. A mera **ilegalidade** por omissão não justifica a utilização do mandado de injunção, que supõe, **sempre**, a abstenção de um encargo normatizante fundado em regra constitucional.

Assim, com estas observações, acompanho o voto do eminente Ministro-relator, **inclusive** no que concerne à providência cautelar preconizada por S. Ex.^a, destinada a neutralizar temporariamente os efeitos prejudiciais decorrentes da inércia exclusivamente imputável ao Poder Público.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Sr. Presidente, é impossível deixar de congratular o eminente Ministro Moreira Alves, o Relator, pelo voto magnífico, que acaba de proferir e que nasce com destino da antologia das melhores páginas de nossos anais, assim como deixar de cumprimentar o eminente Ministro Celso de Mello pelo voto, também primoroso, que acaba de pronunciar.

2. Adianto que acompanharei, no caso concreto, integralmente e em substância, os votos que acabam de ser proferidos. E não tenho a pretensão de uma justificação sistemática do meu voto, que repetiria, em grande extensão, a linha logicamente exaustiva do voto do Relator. Dou apenas, de improviso, testemunho dos pontos decisivos à formação de meu convencimento, que coincide com o Relator, e que, confesso, se inverteu a partir do acompanhamento da saga do mandado de injunção, desde as discussões pré-constituintes e passando por todo o trabalho da Assembléia Constituinte.

3. De fato. Durante a elaboração constituinte, sempre me pareceu que a idéia do mandado de injunção se endereçava a coisa diversa, não à sentença, que estamos chamando de mandamental neste debate, mas efetivamente a dar solução ao caso concreto em que a eficácia da outorga de um direito constitucional estivesse paralisada por omissão de norma inferior regulamentadora do seu exercício.

4. Não é preciso assinalar que a preocupação com a sua própria efetividade é uma das tônicas do pensamento constitucional contemporâneo, enquanto reação à evidência repetida das frustrações das constituições, sobretudo, da frustração do que o jovem e brilhante Professor Luís Roberto Barroso chama de **“vocaçao prospectiva e transformadora das constituições contemporâneas”**.

5. A efetividade das normas constitucionais foi fácil sob as constituições liberais, cuja temática era essencialmente um problema de limitação à ação do Estado.

6. Na medida em que, aos direitos individuais, clássicos à abstenção do Estado, se somaram os direitos sociais, direitos a prestações positivas do Estado, é óbvio que, visando à transformação do **status quo**, não foi possível jamais dar efetividade plena ao texto constitucional por si só: ele será sempre um projeto ou, na melhor das hipóteses, uma ordem aos poderes constituídos para desenvolverem os princípios da Constituição, de modo a implementá-la no mundo da realidade.

7. Por isso, o problema ocupou significativo espaço, no Brasil, desde as discussões pré-constituintes.

8. Lembro-me — e participei da solução — da proposta da Comissão Afonso Arinos para enfrentar a paralisia das novações constitucionais, que se pôs no frontispício mesmo da Declaração de Direito, no art. 10; começava-se com a declaração enfática de que os direitos e garantias constantes da Constituição têm aplicação imediata, mas se rendia, no parágrafo, à relatividade necessária dessa declaração, prevendo, no § 1º, a solução do caso concreto e, no § 2º, dando margem à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Então se dizia, no § 1º:

“Na falta ou omissão da lei, o juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional”.

9. Para prescrever, no § 2º, de óbvia inspiração na Constituição portuguesa, que,

“Verificando-se a inexistência ou omissão da lei que inviabilize a plenitude da eficácia dos direitos e garantias asseguradoras nesta Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao poder competente a edição da norma que venha suprir a falta”.

10. Na Assembléia Constituinte, creio que, até o texto votado no segundo turno — e o eminente Relator o mostrou —, prevaleceu esta vocação do mandado de injunção, ou dos vários nomes que a princípio se lhe deram, para construir a solução do caso singular, viabilizando, para o impetrante, o exercício do direito paralisado, à espera da norma infraconstitucional regulamentadora. Ao passo que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão visava, sim, nos sucessivos anteprojetos e projetos da Assembléia, a induzir à colmatação da lacuna regulamentar da Constituição, o mandado de injunção foi pensado, repito, para construir a solução integradora, no caso concreto.

11. Expressivo, aliás, deste pensamento, desta destinação, são dois nomes propostos para o instituto: um, da emenda do Senador Lavoisier Maia, que o chamava, significativamente, "**mandado de concretização**", e outro, do nobre Deputado Aluísio Chaves, "**mandado de integração**": neles, ficava evidente este propósito de solução do caso concreto, de implementação, **hic et nunc**, do direito constitucional, por obra do juiz.

12. Mas essa linha sofreu, na undécima hora do processo constituinte, uma ruptura ainda inexplicada que desde o início me levou à perplexidade: a do sistema de competência, que se alterou, repito, na redação final da Constituição. Galeno de Lacerda chega a pôr em dúvida a legitimidade do processo que chegou a essa alteração radical. Radical porque — estou convencido — alterando o sistema de competência, se induziu o intérprete — é esta Casa o consuma nesta tarde — a mudar o entendimento sobre a própria natureza do instituto ou a finalidade institucional com que foi pensada inicialmente a nova garantia.

13. Fico no que toca ao Supremo Tribunal, porque é aqui que está o problema central do mandado de Injunção: a Constituição se regula, em princípio, por lei; então, é aqui que se põe o problema, porque a omissão fundamental para os objetivos do mandado de Injunção, será quase sempre, a omissão atribuída ao Congresso Nacional conjugada à do Presidente da República, vale dizer, aos órgãos do processo legislativo.

14. Ora, até o segundo turno, se previa a competência do Supremo Tribunal para mandado de injunção contra atos ou omissões do Presidente da República e, significativamente, das Mesas do Congresso Nacional e não do próprio Congresso Nacional, a mostrar bem que o que determinava a competência do Supremo era o ato concreto dessas autoridades, sujeitas imediatamente à sua jurisdição, que negasse o direito constitucional reclamado, sob o fundamento da dependência de norma regulamentadora ainda não editada. Era, assim, um sistema perfeitamente paralelo ao do mandado de segurança e coerente com aquela vocação de solução do caso concreto, com que foi pensado o mandado de injunção.

15. Conseqüentemente, naquele sistema, não se excluiria o mandado de injunção contra sujeitos privados, na conformidade das regras normais de determinação da competência (em princípio na Justiça ordinária estadual), quando a um sujeito privado é que se devesse imputar não, obviamente, a omissão regulamentadora, mas a posição passiva em relação àquele direito, ainda inexercitável, mas já outorgado pela Constituição.

16. Na redação final, entretanto, repito a ênfase que lhe deu o eminente Relator, o art. 102 manda determinar a competência do Supremo Tribunal pela hierarquia do órgão competente para a edição da norma necessária ao exercício do direito.

17. Ora, sr. Presidente, o primeiro requisito da interpretação de um instituto destinado a dar efetividade à Constituição é a viabilidade prá-

tica da sua utilização. E estou convencido de que a solução constitucional afinal imposta na Constituição para o sistema de competência jurisdicional do mandado de injunção inviabilizaria a sua prática, se entendido o instituto como via processual de suprimento interpartes da omissão normativa, que é a corrente, que é a tese, por exemplo, sustentada pela imensa autoridade de Galeno Lacerda e também do ilustre Juiz Ivo Dantas, em preciosos estudos doutrinários, pioneiros, logo após a promulgação da Constituição.

18. Veja-se, por exemplo, todo o capítulo dos direitos trabalhistas, onde talvez esteja o maior número de direitos constitucionais dependentes de solução regulamentadora em relação aos quais se teria, na fórmula do eminente Professor Galeno Lacerda, para reivindicação pelo empregado contra o seu patrão, a solução de uma ação ordinária, da competência originária do Supremo Tribunal Federal, para cada trabalhador. Ora, essa solução, de absoluta e patente inviabilidade, não poderia estar no intuito da Constituição.

19. Daí a funda impressão que me causou o ensaio de viabilização do instituto, ainda na linha da sentença constitutiva, de um outro dos maiores nomes do pensamento jurídico brasileiro que é o Professor Calmon de Passos, na monografia preciosíssima, **Constituição e Processo**, por ele dedicada às novas garantias processuais da Constituição — o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o "habeas-data". Na construção de Calmon de Passos, o mandado de injunção não resolveria, no nosso exemplo, na área das relações trabalhistas, a lide entre o patrão e o empregado, mas resolveria unicamente uma questão prejudicial, circunscrita à fixação da norma segundo a qual, no juízo competente, aquela lide deva ser resolvida (ob. cit., p. 100):

"... o Supremo 'supre' a falta da norma, para afastar a inconstitucionalidade por omissão, e, suprida, a falta, o juiz competente, no caso concreto, na lide em que a questão se consubstanciou, aplica aos fatos (que já verificou) o direito que incidiu, inclusive o preceito constitucional, com o alcance definido pelo Supremo Tribunal Federal".

20. Mas, mostra o autor, o suprimento da inconstitucionalidade por omissão há de resultar, por imperativo da isonomia, na criação de norma aplicável, não apenas ao caso concreto que haja provocado o mandado de injunção. Donde a necessária concentração da competência jurisdicional para decidi-lo e a eficácia **erga omnes** da decisão constitutiva da norma regulamentadora, que nela se pronuncia (ob. cit., p. 129):

"Definindo para o caso concreto a norma reguladora, o julgador o faz considerando esse caso concreto em seus elementos que o tipificam como suposto da aquisição do direito constitucional, vale dizer, suposto de fato que deve corresponder a uma **fattispecie** ou tipo, na definição constitucional. Logo, impõe-se igual disciplina para todos os casos concretos similares. Destarte, a decisão do Supremo ou de outro órgão competente, num caso concreto, opera como paradigma para a solução de todos os outros, salvo diferença de tipificação possível. Inadmissível que

o Supremo discipline o preceito constitucional hoje, de um modo, amanhã de outro, se razões imperiosas não determinam a mudança para a situação, que se configura como "nova". Disso resulta que a decisão num mandado de injunção autoriza a aplicação, pelos juízes do primeiro grau, do decidido, tornando-se desnecessária a impetração de outra injunção, salvo comprovada a diversidade da hipótese em causa, o que cumpre ao interessado demonstrar, mediante ajuizamento de um mandado de injunção".

21. A idéia é fértil, não há dúvida: acertada a existência de um direito constitucional dependente de regulamentação, o processo seria paralisado e ao Supremo Tribunal caberia apenas decidir aquela questão prejudicial definindo a norma, no caso concreto; norma, porém, que para evitar a repetição e a contradição, se tornaria de eficácia **erga omnes** para a decisão, na justiça competente, de todos os casos similares.

22. Creio que foi o esforço mais consistente, produzido nas elaborações doutrinárias que conheço, para viabilizar a prática do mandado de injunção com eficácia constitutiva. Estou, no entanto, que o eminente mestre foi além da marca, e nisto poderia simplesmente remeter-me às brilhantes considerações do voto do relator. Entendo que nada, na Constituição, leva a permitir a inferência dessa cisão orgânica entre a decisão da lide, fundada na existência de um direito dependente de regulamentação, e a decisão constitutiva da regulamentação faltante àquela decisão. E o mais sério obstáculo é a própria eficácia **erga omnes**, que reconhece o Professor Calmon de Passos, seria uma atividade legislativa. Não me furto a recordar ao Tribunal a passagem em que se diz, à página 124 de sua obra:

"Os julgadores realizam, em verdade, decidindo o mandado de injunção, uma atividade em tudo correspondente ao do legislador competente para regulamentação do preceito constitucional. Submetidos aos princípios diretores da Constituição, imbuídos do seu espírito, fiéis aos valores cuja tutela o preceito busca assegurar e considerando a sua situação de fato, na sua dimensão geral, entre as várias opções políticas compatíveis, decidem-se pela que lhes parece mais consentânea".

23. Vejo aqui, entretanto, um empecilho na lealdade política, que a interpretação jurisdicional deve, às inspirações e às decisões políticas fundamentais da Constituição interpretada.

24. Não é possível fazer abstração de um dado histórico da elaboração constitucional.

25. A solução de entregar ao Supremo esse poder de suprir a omissão normativa foi posta perante a Assembléia Nacional Constituinte, e mais, foi posta no campo que lhe seria adequado, que é o da ação direta, sem necessidade de construir todo o sistema da questão prejudicial, imaginado por Calmon de Passos, para compatibilizar a destinação de solução de lide individual, que era a do mandado de injunção, com a necessidade de concentrar o controle da inconstitucionalidade por omissão, sem o qual ele leva — a expressão é do Professor Calmon — necessariamente ao caos.

26. Essa questão, repito, foi posta perante a Assembléia Nacional Constituinte. Lembro-me do anteprojeto do nobre Deputado Egídio Ferreira Lima, Relator da Comissão dos Poderes, no qual se estatuiu que, declarada a omissão, na ação direta, o Supremo Tribunal assinaria prazo ao Poder competente e, exaurido esse prazo, supriria, mediante resolução, a omissão normativa com eficácia de lei, se fosse o caso.

27. Ora, esse poder normativo do Supremo Tribunal, proposto e aprovado nos primeiros passos da Assembléia Nacional Constituinte, veio a ser suprimido, a partir da Comissão de Sistematização e não logrou voltar ao texto constitucional. Tratou-se de uma decisão política da Assembléia Constituinte.

28. E digo, sinceramente, decisão política, que me parece absolutamente coerente com a inspiração democrática da Constituição. No meu modo de ver, de duas uma: ou a norma infraconstitucional não é imprescindível, porque a própria Constituição dá princípios que possibilitam a construção integradora dos preceitos, e até aí vai a função jurisdicional, ou a norma inferior é, realmente, imprescindível, e por que imprescindível? Porque depende de opções políticas novas, não contidas nem explícita nem implicitamente na disciplina constitucional; e essa decisão entre opções políticas novas é função indeclinável dos órgãos da representação popular.

29. Por outro lado, a solução do Relator, se perde na carga de eficácia imediata do mandado de injunção, ganha em extensão, quanto à utilidade do instituto. Tentou o Professor Calmon de Passos, na sua profunda e reconhecida proibidade intelectual, construir a viabilização da solução constitutiva, mas teve de confessar que ela excluía possibilidade de efetivação judicial de numerosos direitos constitucionais, pela absoluta incogitabilidade de entregar a sua regulação infraconstitucional a um órgão judiciário sem controle dos meios de ação e dos recursos estatais, de modo a lastrear toda uma série de opções de prioridade e de organização administrativa. Mas, com isso se excluía precisamente da esfera do mandado de injunção, o setor de maior importância histórica das omissões inconstitucionais, que é a da implementação de novos direitos e de novas conquistas sociais.

30. Põe-se, então, contra a solução do Relator, a crítica da possível ineficácia de decisão mandamental. Como mostrou o eminente Relator, realmente essa é a que impressiona mais profundamente, quando se renuncia à solução constitutiva, seja a do caso concreto, seja, a de efeitos **erga omnes**, para contentar-se com a chamada sentença mandamental dirigida ao poder competente para a edição de norma.

31. Creio que é falso problema colocar todo o problema da efetividade da Constituição como uma consequência da opção sobre a natureza jurídica do mandado de injunção. Na verdade, supor que, por decisão judicial, se pudesse dar, de fato, efetividade concreta a todos os avanços de uma Constituição de conteúdo prospectivo e transformador, como é a Constituição de 88, é, na verdade, um ilusionismo político, no mínimo; é exigir do Poder Judiciário o que ele não pode dar sob esta ou aquela forma processual, porque são conquistas, são avan-

ços que dependem necessariamente de jogo político, em particular, da tensão entre pressões contraditórias da sociedade civil sobre os órgãos de definição das prioridades da ação estatal; dependem, enfim, da ambiência de lutas e de pressões contrapostas, que é a ambiência de uma democracia.

32. Com esse sentido é que recorde observações extremamente lúcidas do jovem jurista citado, o Professor Luís Roberto Barroso, que dedicou preciosa tese, no ano passado, à força normativa da Constituição. Acentua Barroso que: *"é impossível exagerar a importância da mobilização da sociedade civil em torno da reivindicação dos seus interesses, fazendo nascer um país que tem vida própria fora do oficialismo, da estatalidade, tantas vezes opressiva. Tem-se, assim, uma primeira faceta do controle da efetividade do direito por via informal, não institucionalizada, de natureza essencialmente política e social. Por intermédio da atuação dos diversos organismos da sociedade civil, articulam-se, muitas vezes, poderosos instrumentos para exigência do cumprimento da Constituição e das leis, bem como para conformação da atuação do Poder Público ao sentimento coletivo. Esta forma de fiscalização participativa se estende desde a pequena ação comunitária local até as grandes arregimentações que despertam e influenciam a opinião pública"*. Tudo isso para mostrar que, sem embargo do seu caráter meta-jurídico, é esse tipo de atuação que há de desempenhar um papel imprescindível no esforço de efetivação das Constituições modernas. Porque, pondera, *"há de se ter em vista que a manipulação das normas jurídicas, não é artifício adequado para que se saltem etapas históricas, e é estéril qualquer lei que não seja legitimada pelo suporte político de um anseio social cristalizado"*. Por isso, conclui, *"a força normativa da Constituição e das leis é, indiscutivelmente, uma das forças que influenciam a realidade política, mas não é a única, nem pode ser concebida sem sintonia com outros 'elementos'"*.

33. Nessa linha, estou convencido de que — apesar de a nossa formação de juristas do sistema continental tender à simplificação de que não se chegou a uma solução razoável, porque não se estabeleceu uma sanção para o Congresso Nacional, caso ele falte à sua obrigação de suprir a omissão do seu dever constitucional de legislar — estou convencido, na realidade, de que, além de ser impresumível essa deslealdade do Legislativo, às suas missões constitucionais, a própria declaração de inconstitucionalidade da omissão dos Poderes Políticos, obtida do Supremo Tribunal, na ação direta ou no mandado de injunção, terá, quando menos, um papel de grande relevância como instrumento de legitimação das pressões sociais para a conquista efetiva da regulamentação necessária à implementação constitucional.

34. Preocupou-me, também, o paralelismo de efeitos principais entre ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. O voto do Relator abriu, nesse ponto, as primeiras perspectivas de diferenciação, na medida do possível dos dois institutos e para recolocar o mandado de injunção na sua vocação inicial de instrumento, não apenas de integração objetiva de ordem jurídica, mas, também, e imediatamente, de salvaguarda de direitos individuais: acenou com a possibilidade, além da ciência para suprimimento ao Poder Legis-

lativo ou ao Poder competente, da declaração de omissão inconstitucional, de determinar-se a suspensão de processos judiciais e administrativos que possam frustrar a eficácia da norma futura.

35. A injunção teria aí, a meu ver, uma típica função cautelar; não a função cautelar de técnica processual, que é salvaguarda da eficácia da sentença, mas como salvaguarda da eficácia mediata da sentença do mandado de injunção, qual seja o conseqüente suprimimento legislativo da omissão.

36. S. Ex.^a extraiu, da prática jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, as hipóteses que aventou. Acolhendo-as, apenas ressalvo que antevejo que outras modalidades de acautelamento de direito possam vir a ser construídas, e sequer elimino, de antemão, que possam vir a ser utilizadas até contra sujeitos privados, porque, ao menos para esse fim cautelar, não será, talvez, desarrazoado invocar e dar efeito útil à enfática declaração de que os direitos e garantias constitucionais têm eficácia imediata.

37. Quero frisar, afinal, Sr. Presidente, pela importância que dou a esse tema, um ponto decisivo nas minhas preocupações: é que a prática do mandado de injunção, que hoje se inicia nesta Casa, não deve servir de escusas à acomodação do Judiciário. Sua utilização se há de fazer como **ultima ratio**, na medida em que esgotadas, efetivamente, as possibilidades de construção jurisprudencial da solução do caso concreto, que é de preferir-se, sempre que seja possível extraí-la pela utilização dos métodos de integração da ordem jurídica, a partir da analogia e dos princípios gerais de direito e, especialmente, dos princípios gerais extraídos do próprio sistema constitucional positivo.

38. Ainda recentemente, no magnífico despacho, em parte reproduzido em seu voto de hoje, demonstrou o em. Ministro Celso de Mello como, neste sentido, o mandado de injunção é subsidiário da possibilidade de extrair-se, pela interpretação, a solução positiva. Sua virtualidade pára exatamente, naquele ponto que fixei, onde a competência dos órgãos políticos para a regulamentação infraconstitucional é indeclinável, porque exige opções políticas novas, e não a mera expressão de opções que já estejam compreendidas no sistema da Constituição.

39. Galeno Lacerda, no seu artigo, acentua, neste mesmo sentido, de que, quando o direito for auto-aplicável, não há cogitar de mandado de injunção; e lembra a jurisprudência do Supremo Tribunal, justamente celebrada na doutrina, que se formou a partir do RE 72.507, Relator o saudoso e em. Ministro Bilac Pinto (RTJ 66/488), no sentido de que a ausência de norma regulamentadora da lei não pode importar na eficácia do seu comando. Naquele caso, em que de há muito se ultrapassara o prazo legal da regulamentação necessária à eficácia da lei, o Supremo Tribunal entendeu-se autorizado a construir, com os dados do próprio sistema positivo, a solução viabilizadora da eficácia da lei. O mestre gaúcho, aparentemente, excluiu a aplicação do precedente no tocante à concretização, pela lei, da Constituição, deixando-o restrito ao patamar inferior em que foi elaborada essa jurisprudência, das relações da lei com o regulamento propriamente dito.

40. De minha parte, não quero prender-me a essa limitação. Os instrumentos constitucionais, Sr. Presidente, não chegam prontos com a promulgação da Constituição. Como todo objeto cultural, são dinâmicos e estão sempre, permanentemente, a construir-se e a reconstruir-se. Por isso, não afasto, até, que a solene declaração de mora constitucional do Poder competente, pelo Supremo Tribunal Federal, quando não leve o Poder competente a purgar essa mora constitucional em prazo razoável, possar vir, amanhã, a servir de acicate à ampliação dos limites do poder jurisdicional de integração da norma constitucional, paralisada pela omissão do órgão político.

41. São antecipações de preocupação que, no entanto, não me impedem de reconhecer que, neste momento, para que o instituto dê os seus passos iniciais, o brilhante voto do em. Relator me pareceu, depois de longa reflexão, a solução mais adequada. Honra-me, pela sua excepcional qualidade, poder acompanhá-lo neste momento.

É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD: — Senhor Presidente, eu adiro, desde logo, ao erudito e brilhante voto do eminente Relator, Ministro MOREIRA ALVES, que já contou com a adesão dos votos dos Ministros CELSO DE MELLO e SEPÚLVEDA PERTENCE, os quais aditaram valiosas considerações à tese.

O problema não é novo; ele se liga à questão das normas constitucionais auto-executáveis, e das normas não bastantes em si, que dependem de suplemento de lei para que se tornem plenamente executáveis. A questão não é nova; o de que se cuida, agora, é dar uma solução que até aqui não tinha sido dada, pois quando se tratava de uma norma não bastante em si, ficava-se à espera do legislador, e, se o legislador não cumprisse a sua função, o seu dever constitucional, então ela ficava "indefinidamente dormente", como dizia Cooley no seu livro sobre as Limitações Constitucionais.

Nos nossos dias, há um esforço no sentido de superar este embaraço.

É nova a idéia de transferir ao Poder Judiciário uma tarefa naturalmente legislativa. O fato é que estamos diante dessa situação, em face de cláusulas expressas da Constituição de 1988.

O tempo se encarregará de mostrar aspectos novos, de mostrar que as construções agora recém-esboçadas apresentam tal ou qual lacuna, tal ou qual deficiência. É provável que isso venha a acontecer, porque as construções jurídicas não saem perfeitas e acabadas de uma vez só. Elas vão sendo complementadas, corrigidas, aditadas à luz das necessidades sociais, à luz dos fatos concretos.

Não tenho dúvida em dizer que estamos testemunhando e participando de um progresso; uma construção harmoniosa, fundamentada,

equilibrada, sem arroubos, nem exageros; judiciosa, dentro das possibilidades atuais e nos limites da função judiciária.

De modo que, eu não apenas acompanho o voto do eminente Relator como quero render-lhe minhas homenagens pelo resultado a que chegou.

É o meu voto.

VOTO

O SR. MINISTRO CÉLIO BORJA: — Sr. Presidente, creio que o Tribunal vive esta tarde um dos seus grandes momentos. Depois do voto precioso e erudito do eminente Relator, o Ministro MOREIRA ALVES, ouvimos os dos Ministros CELSO DE MELLO, SEPÚLVEDA PERTENCE e PAULO BROSSARD, que trouxeram preciosos subsídios à conclusão do voto do eminente Relator, com a qual estou de acordo.

Tenho, Sr. Presidente, algumas notas a respeito do tema, que vou pedir vênha para não ler porque sendo Relator de um outro mandado de injunção, nele deverei despachar, de sorte que usarei, para resolver essa preliminar naquele mandado de injunção, as idéias que desenvolvi em conferência que pronunciei, há alguns meses, em Fortaleza, na seção cearense da Ordem dos Advogados. Nesse trabalho concluo admitindo a auto-aplicabilidade do mandado de injunção. É certo que as minhas posições não coincidem exatamente com todas as do eminente Ministro Moreira Alves, no seu brilhantíssimo voto, mas é evidente que o tempo fará, Sr. Presidente, com que as necessidades da vida venham buscar no Tribunal as soluções adequadas, e o Tribunal certamente não as recusará. Estamos todos a meditar, aqui, sobre esse tema que é difícil, árduo, polêmico e tem excitado a curiosidade das melhores cabeças do Direito Brasileiro. Concluo, Sr. Presidente, adotando o dispositivo do voto do eminente Ministro MOREIRA ALVES, no sentido de que é auto-aplicável o inciso LXXI do art. 5.º da Constituição.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS MADEIRA — O voto do Relator e dos demais Ministros que o seguiram, traçam as linhas precisas do remédio constitucional do mandado de injunção. Não só na fundamentação do voto do eminente Ministro Moreira Alves, como na ilustração quanto ao processo de formação da norma, do art. 5.º, LXXI, da Constituição, feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence, e na contribuição valiosa dos demais Ministros que se pronunciaram sobre a matéria, ressaí a índole mandamental do mandado de injunção, afastando as sugestões de sua natureza constitutiva, bem como fixando sua auto-aplicabilidade. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe gizar a concórdância do remédio com a nossa ordem jurídica, a sua verdadeira função de garantia das normas que dizem com o exercício dos direitos fundamentais, a soberania, a nacionalidade.

Acompanho, pois, o voto do eminente Relator, e da contribuição dos eminentes colegas que me precederam.

VOTO

O SR. MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI: — Também creio, Sr. Presidente, que o eminente Ministro MOREIRA ALVES esgotou todas as alternativas e possibilidades, práticas ou teóricas, de vir-se a atribuir, ao instituto do mandado de injunção, um alcance diferente ou eficácia maior do que aquela que lhe está delineando, hoje, o Supremo Tribunal, ou seja: a força mandamental, dirigida ao poder omisso, com vistas a tornar possível o exercício do direito reclamado, aplicando-se para tanto, no que couber, o procedimento do mandado de segurança. Com esse contorno, mostra-se auto-aplicável a garantia inovada pelo art. 5.º, LXXI.

Por isso, Sr. Presidente, limito-me a acompanhar o luminoso voto do eminente Relator, ao qual já deram expressivas contribuições os ilustres Ministros cujas manifestações se lhe seguiram, na votação.

VOTO (S/ QUESTÃO DE ORDEM)

O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES: — Senhor Presidente, também entendo que a norma constitucional instituidora do direito de ação de mandado de injunção, art. 5.º, inc. LXXI, da C.F. de 1988, tem eficácia imediata, face ao disposto em seu parágrafo 1.º.

Quanto à natureza jurídica da ação, ao procedimento a ser observado e à eficácia da sentença a proferir-se, penso que, à falta de outras normas da Constituição ou mesmo de lei, com ela compatíveis, só podem ser aqueles apontados no duto voto do eminente relator.

Tanto mais porque tal entendimento permite, ao menos em certos casos, assegurar-se temporariamente ao impetrante, em autêntico provimento cautelar, situação jurídica compatível com seu direito constitucional dependente de regulamentação, até que esta aconteça.

Regulamentação que não se pode presumir não venha a ocorrer, se o mandado de injunção vier a ser deferido, face ao caráter mandamental, impositivo, do julgado, ao princípio constitucional da independência e **harmonia** entre os Poderes e aos que garantem, por todas as formas e meios, o respeito institucional à coisa julgada.

Eventual descumprimento só pode acarretar conseqüências explícita ou implícita previstas no sistema constitucional, que serão objeto de específica e oportuna consideração, quando for o caso.

Isto posto, resolvo a questão de ordem nos mesmos termos do voto primoroso e exaustivo do eminente Relator e dos ilustres Ministros que o seguiram.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALDIR PASSARINHO: — O voto do ilustre Relator, com uma análise completa do novo instituto criado pela nova

Carta Política, e os demais que o acompanharam bem mostram a complexidade do tema.

As dificuldades já surgem com a própria conceituação da nova figura constitucional-processual, para situá-lo quanto a sua natureza, no âmbito de ação cognitiva constitutiva ou de ação mandamental. Quanto ao campo de sua abrangência, igualmente são inúmeras as dificuldades para ajustá-la, considerando-se os seus objetivos, à solução de um interesse pessoal individualizado ou proporcionado-lhe efeitos normativos "erga omnes".

Quanto à natureza do instituto, várias são as opiniões.

Ulderico Pires dos Santos, a respeito, se manifesta:

"O mandato de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

Como se viu, todas as vezes que a norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, caberá ao Supremo Tribunal de Justiça julgar, originariamente, o **mandato de injunção** n.º I, letra "h", do art. 102 da Constituição Federal.

Note-se que esse texto ressalva, para excluir de sua competência o julgamento do **mandato de injunção**, os casos que são da competência da Suprema Corte, bem como os da competência dos órgãos das Justicas Militar, Eleitoral, do Trabalho e da Justiça Federal. Dos mandados de injunção relacionados com a Justiça Eleitoral, caberá aos Tribunais Regionais Eleitorais o julgamento".

(Ulderico P. dos Santos — "Mandado de Injunção"),

e do Dr. Diomar Ackel Filho, em artigo publicado na Revista dos Tribunais n.º 628, pág. 423, vem a pronunciar-se, sobre o tema, ao fixar seu conceito:

"A injunção é ação constitucional sumária, especial, garantidora de direitos básicos, com aspectos similares ao mandado de segurança embora com caráter mais restrito, subsidiária, sendo, pois, cabível apenas quando a ausência de norma regulamentadora obste ao exercício dos direitos constitucionais.

Ação, porque se cuida de direito público subjetivo a um provimento jurisdicional visando a uma ordem para a prática ou abstenção de determinado ato, a fim de que se preserve alguma garantia constitucional.

Sumária, porque é remédio expedito, apartado do caminho ordinário das ações em geral. É rápida e eficaz, com atividade processual abreviada, para que se assegurem essa celeridade e o caráter de via poderosa contra os atentados que visa a prevenir e reprimir.

Especial, porque é espécie singular do gênero (ação) a que se filia, constituindo-se em instituto de características próprias

e finalidade específica, tudo derivado diretamente da Constituição.

Subsidiária, porque só cabe ante a inexistência de norma regulamentadora dos direitos constitucionais. Em outros termos, há o direito, mas seu exercício depende de regulamentação. A falta desse regulamento torna inviável a postulação do direito. Para evitar que isso aconteça e que a carência de regulamento torne inócuo o próprio dispositivo a regulamentar, a injunção exsurge como remédio poderoso para vivificar a norma, tornando prescindível o regulamento, em caso de violação.

Ressalta-se que a expressão regulamento não deve ser tomada em seu sentido literal. Formalmente, o regulamento é um ato legislativo ou administrativo que traduz a norma primária em seus aspectos menores, aclarando-a e disciplinando a sua exeqüibilidade.

Tratando-se de matéria constitucional, a regulamentação é feita, via de regra, por lei complementar. Porém, no caso em análise, não será tão-só a falta de lei complementar que autorizará a impetração da injunção. Sim, porque haverá casos em que a regulamentação dependerá não de lei complementar propriamente dita, mas de regulamentos outros, uns de natureza legal, outros meramente administrativos. No contexto das situações que surgirão concretamente é que se constatará se a hipótese é de carência de lei complementar, de lei ordinária, de decreto, portaria ou ato administrativo outro qualquer. O que importa é que, por falta de uma disciplinação de sua aplicabilidade, por um ato tido como necessário para a execução da norma, o direito não pode ser negado. Se tal vier a ocorrer, a injunção será cabível.

Tome-se o caso de pessoa carente que, por absoluta incapacidade de pagamento, não paga as tarifas de água e esgoto ou de energia elétrica. A Constituição reza que, em tal hipótese, ninguém poderá ser privado do serviço público correspondente (anteprojeto, art. 13, I, "g"). É óbvio, contudo, que a norma constitucional necessita ser explicitada, para que os casos de pobreza sejam conhecidos e analisados, a fim de que se reconheça o direito indigitado. Ora, se tal regulamentação não sobreviver e a autarquia ou concessionária titular do serviço mandar cessar a prestação, por falta de pagamento, o mandado de injunção será cabível.

Outro exemplo: pessoa doente, necessitada de tratamento para sua recuperação, não encontra atendimento junto ao serviço de saúde pública. A Constituição em discussão estabelece o acesso universal, igualitário e gratuito aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde (anteprojeto, art. 350, II). De que modo? O dispositivo necessita ser regulamentado, para que, de forma disciplinada, o serviço de saúde seja garantido. A sua falta e ante a negativa à pretensão seja garantido. A o mandado de injunção será a via adequada para que se defira a mercê.

Mais ainda: indústria poluidora instala-se sem estudo prévio de impacto ambiental, tido como indispensável pela nova Constituição (anteprojeto, art. 408, VII). A avaliação do estudo deve ser feita em audiência pública, ficando evidente que a matéria precisa ser regulamentada. Não sobrevivendo o regulamento, conceder-se-á injunção para que a atividade poluidora seja obstada.

E assim, por diante; sempre que um direito constitucional não possa ser reconhecido, pela falta de regulamento, haverá que ser assegurado com base na norma primária que o estabeleceu, sem se prender a regulamento algum.

Por via de consequência, pode-se proclamar que, em verdade, todos os direitos fundamentais passaram a ser exeqüíveis desde logo. Porque, se regulamento não existe, nem por isso alguém poderá ser privado dos seus direitos básicos, tutelados constitucionalmente. O mandado de injunção será, então, o remédio recomendado.

Enfatize-se que, quando a Carta menciona o cabimento do mandado de injunção ante a falta da forma regulamentadora, inviabilizando o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania do povo e cidadania, na verdade, refere-se a todos os direitos básicos previstos diretamente na Lei Maior. Nem era necessário que se incluísse a expressão "prerrogativas", inerentes à nacionalidade etc., porque tais prerrogativas, evidentemente se traduzem em direitos explícitos ou implícitos, com matiz constitucional.

O mandado de injunção é inovação auspiciosa e corrige grave falha no sistema constitucional. Até aqui, por falta de regulamento, muitos direitos tornavam-se letra morta. O regulamento é ato inferior à norma criativa do direito, e jamais a sua falta poderia obstar ao exercício do que é previsto pela fonte criadora.

Entre nós, a injunção não terá, certamente, a amplitude que tem no Direito americano. É que, lá, como referido, o uso é mais genérico, servindo para tudo. Aqui, o remédio ficou restrito tão-só aos casos em que não exista regulamentação de direitos previstos na Constituição. Ressalte-se, contudo, que a expressão "direitos constitucionais" é bem ampla, sendo inviável cogitar de direito que não tenha raiz constitucional.

Quando não for o caso de falta de regulamento, havendo violação a direito líquido e certo, o grande remédio continuará sendo o mandado de segurança, salvo as hipóteses de "habeas corpus" e "habeas data", cumprindo referir que esse tipo de "writ" foi reformulado e ampliado, cabendo, agora, até contra ato de particular e também em nome de interesses coletivos" (424/425).

Com relação às modificações que o instituto foi sofrendo no curso do processo constitucional, verifica-se que a extraordinária amplitude que lhe foi dada inicialmente, atribuindo mesmo ao Judiciário competência para, suprimindo a omissão, expedir norma regulamentadora necessária ao proporcionamento do direito existente, mas não auferido

pela parte beneficiária, exatamente em decorrência da falta dessa norma, seguiu-se nova alteração para não mais expedir o Judiciário a norma regulamentadora faltante, mas atribuindo-lhe a competência para fixar prazo para que o órgão ao qual coubesse sua expedição, cumprisse tal obrigação.

Na redação definitiva, o art. 102, I, letra "q", em relação ao Superior Tribunal Federal, e a letra "h", do item I do art. 105, no tocante ao Supremo Tribunal de Justiça e aos outros órgãos do Poder Judiciário ali previstos, não estipulam nem que seja fixado prazo para a expedição da norma omitida, nem que o órgão judicial a expeça, ele mesmo, suprimindo a omissão, o que parece não poderia mesmo ser possível, sob pena de substituir-se o Judiciário ao legislador ou ao Executivo — conforme a natureza da norma — pois tal competência, se atribuída, conflitaria com o princípio do art. 2.º da Constituição Federal. De outra parte, a omissão poderia tornar inexecutível princípios elementares consagrados na Carta Política, à base da norma insita no art. 5.º, II, segundo a qual ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Assim, na estrutura constitucional, existem princípios que poderiam vir a tornar-se ineficazes, com a simples omissão do legislador ou do órgão do Executivo competente para expedir norma regulamentadora.

Em face disso, o mandado de injunção, inserido na Constituição Federal, visa exatamente a tornar efetiva a asseguaração de princípios basilares ali adotados e, por isso, possui o mais alto alcance e significado. Embora não seja possível, pelas razões apontadas no voto do Sr. Ministro Relator, que o Judiciário supra a omissão do órgão Legislativo ou do Executivo, expedindo a norma regulamentadora faltante para que os direitos assegurados na Carta Magna possam ser exercidos, o mandado de injunção não perde toda sua importância, posto que, por decisão judicial, pode ficar expresso, não só a necessidade da expedição do ato regulamentador, mas, sobretudo, a declaração de que o órgão legislativo ou executivo tem a obrigação de elaborar ou de baixar a regulamentação indispensável ao exercício dos direitos constitucionais previstos.

E, como consequência, não sendo equiparável o mandado de injunção ao mandado de segurança — pois este só é possível para assegurar direito líquido e certo e, portanto, ante norma de direito positivo já existente — e não sendo, outrossim, uma ação de natureza constitutiva, pela impossibilidade de expedição, pelo próprio órgão judicial da disciplina normativa omitida — é possível, porém, na decisão de caso concreto de mandado de injunção, ou seja, quando, em face de ausência de regra normativa não for atendido um direito individual, dar-se uma solução que se não atende plenamente à pretensão ajuizada, poderá em certos casos, impedir o perecimento de um direito ou de sua violação, com a solução preconizada no voto do Sr. Ministro Relator, declarando-se a mora do órgão competente, e, em consequência, suspender ato que possa atingir direito constitucional potencialmente existente, mas ainda inexercitável, exatamente por falta de norma

regulamentadora necessária. Assim, entendo, também, que os dispositivos que prevêm o mandado de injunção, sejam auto-aplicáveis.

A respeito da auto-aplicabilidade dos preceitos referentes ao mandado de injunção, observa o Prof. Irineu Strenger, no seu "Mandado de Injunção":

"De acordo com a expressão do artigo quinto, inciso LXXVII, parágrafo primeiro, "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Logo, não existe qualquer dúvida quanto ao instante de vigência do instituto do **mandado de injunção** que se enquadre nessa disposição. Entretanto, na prática, a questão não pode ser resolvida com tanta simplicidade, como, aliás, já examinamos precedentemente.

Como bem adverte o Prof. José Afonso da Silva, "o problema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais começa com as incertezas terminológicas, o que dificulta ainda mais sua solução e até mesmo sua formulação científica" (Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 1982, pág. 54).

Sem adentrarmos em questões taxinômicas devemos forçosamente admitir a plena eficácia jurídica do **mandado de injunção** imposta na própria expressão legal, o que, entretanto, não corresponde à realidade se tivermos em vista a conhecida interpretação de Rui Barbosa que considera "self-executing" as normas não exigentes de processo especial e cujo direito instituído se encontra armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos meios de execução e preservação (Comentários à Constituição Brasileira, 1933, p. 488).

É ainda do precioso ensinamento de Rui Barbosa que extraímos as hipóteses de normas constitucionais auto-aplicáveis por natureza e que seriam as seguintes:

- 1) — vedações e proibições constitucionais.
- 2) — os princípios da declaração dos direitos fundamentais do homem.
- 3) — as isenções, imunidades e prerrogativas constitucionais (apud José Afonso da Silva, op. cit. p. 65).

Contudo, como assinala, ainda, José Afonso da Silva, "além dessas hipóteses, também são auto-aplicáveis as que não reclamem, para sua execução:

- 1) — a designação de autoridades, a que se cometa especificamente essa execução;
- 2) — a criação ou indicação de processos especiais de sua execução;
- 3) — o preenchimento de certos requisitos para sua execução;
- 4) — a elaboração de outras normas legislativas que lhes revistam de meios de ação, porque já se apresentam armadas por si mesmas desses meios, ou seja, suficientemente explícitas sobre o assunto de que tratam" (op. cit. p. 65).

A consequência dessas colocações é que as normas consti-

tucionais têm seus limites de execução que precisam ser determinados quando se verifica que não existem desde logo os instrumentos que possibilitem vislumbrar sua eficácia plena e imediata.

Ocorre com o **mandado de injunção** essa circunstância, pois se verifica imediatamente que a norma se ressentida da falta de instrumentos procedimentais, o que somente é viável obter por meio de lei regulamentadora.

Em nossos dias os princípios doutrinadores admitem estar superada a teoria das normas auto-aplicáveis em contraste com as que não o são. Aceita-se que existem as normas de eficácia plena, as de eficácia contida e aquelas de eficácia limitada.

A hipótese do **mandado de injunção** classifica-se, ao que tudo indica, entre as normas de eficácia contida, pois não pode prescindir de providência normativa ulterior para a sua exata aplicação dado que insitivamente existem dificuldades de execução.

Não queremos com esse posicionamento significar que a norma deva ficar à espera de seu regulamento para ser aplicável.

Somos de opinião de que as situações subjetivas positivas ensejam, desde logo, o seu exercício, cabendo ao julgador "si et in quantum" encontrar os mecanismos que possibilitem sua aplicação, utilizando-se dos meios que já foram anteriormente apontados neste trabalho". (fls. 31/33)

Por certo que o instituto processual-constitucional em exame, poderá, apesar das decisões judiciais reconhecendo a omissão da autoridade competente para a expedição da norma e declarando que ela deve ser expedida, trazer frustrações, pela impossibilidade que pelo menos em certos casos — e serão certamente muitos — a não expedição das regras normativas viabilizadoras do direito constitucional, pela ausência de força coercitiva, inerente às decisões judiciais, para que seja efetivamente suprida a omissão.

Galeno Lacerda, ao apreciar o mandado de injunção, sobre as dificuldades de sua plena aplicação, assim vem a manifestar-se, no seu trabalho "Proteção processual dos direitos fundamentais":

É preciso, todavia, observar que as Constituições costumam ter normas programáticas, cuja execução depende de legislação ordinária que as torne efetivas. Essas normas programáticas, evidentemente, não podem ser objeto do mandado de injunção, porque o Juiz não pode assumir o papel de legislador e criar normas, nem pode compelir o Poder Legislativo a fazer a legislação regulamentadora daquelas normas.

No que toca à expressão **mandado de injunção**, observa-se que ela não é de uso no direito brasileiro, que não se utiliza nem mesmo da palavra **injunção**, esta, na linguagem corrente, significa **imposição**.

Tudo leva a crer que o Projeto "A" se tenha inspirado no direito anglo-americano, onde a palavra "injunction" corresponde a um instituto jurídico processual, com características adequadas ao objetivo do legislador constituinte brasileiro.

Segundo o ensino de Oscar Rabasa, naquele direito o instituto da "injunction" desempenha um grande papel, que nos litígios entre particulares, para os quais foi criado, quer em matéria constitucional, à qual se estendeu com o passar dos anos. Reveste-se de duas formas: a "prohibitory injunction", para vedar a prática de atos violadores de direito, e a "mandatory injunction", para ordenar a prática de ato cuja omissão viola direito. O descumprimento da ordem de "injunction", pela negativa de obedecê-la, pela autoridade ou pelo particular, constitui "contempt of court", isto é, desacato à Corte, sancionado com prisão decretada em forma sumaríssima pelo Tribunal.

O projeto "A" prevê a elaboração de lei para regulamentar o procedimento do mandado de injunção, mas entendemos que, enquanto isso não se der, pode ser usado o procedimento de mandado de segurança, quando ocorrerem os pressupostos destes, ou o procedimento ordinário, se incabível aquele.

Na futura legislação ordinária processual, o legislador poderá aproximar-se do modelo norte-americano e, para maior eficácia do instituto, usar a prisão como meio de compelir a autoridade a cumprir a ordem expedida no mandado de injunção.

Legitimação ativa e passiva. A legitimação ativa, na futura lei ordinária, deverá considerar que o instituto, além de se destinar a proteger direitos individuais, contempla também as prerrogativas inerentes à soberania do povo. Nessa hipótese, o texto constitucional assegura prerrogativa que excede o simples direito individual, o que aconselha tratamento especial ao problema da legitimação para agir, de modo a não restringir o uso do instituto.

A legitimação passiva deve ser de autoridades públicas, de qualquer Poder e hierarquia, porque delas é que podem surgir as restrições a serem corrigidas ou impedidas pela nova garantia constitucional.

Não se pode, porém, pensar em mandado de injunção para compelir o Legislativo a elaborar normas legais, porque a natureza e a técnica das funções desse Poder não se compadecem com o tipo de constringimento específica de uma ordem judicial. É preciso não esquecer que as normas constitucionais devem ser interpretadas segundo o princípio de independência dos Poderes". (fls. 151/152)

Inicia-se, contudo, com a inovação constitucional, uma fase promissora para asseguarção dos direitos constitucionais, que o aperfeiçoamento do sistema constitucional e legal talvez chegue a obtenção de mais amplos e concretos resultados.

Pelo exposto, acompanho o magnífico voto do Sr. Ministro Relator. É o meu voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE) — Também estou de acordo com o brilhante voto do eminente Ministro Relator e com os pronunciamentos dos ilustres Ministros, todos na mesma linha de conclusão, ao reconhecerem a auto-aplicabilidade da norma do art. 5.º inciso LXXI, da Constituição, e a natureza mandamental do mandado de injunção, com efeitos enunciados no voto do Senhor Ministro Relator, quanto à decisão que se haja de preferir, em feitos dessa natureza. Acompanho, pois, o eminente Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

MI 107-3-DF (Medida Liminar)

Rel.: Min. Moreira Alves; Reqte.: José Emílio Teixeira Lima, (Adv.: José Henrique Pinto); Reqdo.: Presidente da República.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu da Questão de Ordem que lhe submeteu o Sr. Ministro-Relator e a decidiu no sentido de reconhecer a natureza mandamental do Mandado de Injunção e a auto-aplicabilidade do art. 5.º, inciso LXXI, da Constituição, adotando-se, no que couber, o procedimento do Mandado de Segurança, e com os efeitos enunciados no voto do Sr. Ministro-Relator. Votou o Presidente. Plenário, 23.11.89.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Aldir Passarinho, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Madeira, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Rezek.

Procurador-Geral da República, o Dr. Affonso Henriques Prates Correia, substituto.

HÉRCELUS BONIFÁCIO FERREIRA
Secretário

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Apelação Cível n.º 1.369/88

(Sétima Câmara Cível)

Relator: Desembargador José Edvaldo Tavares

*Contrato de prestação de serviços. Correção monetária. Firmado o contrato com cláusula de preço fixo e irrealizável, e já estando concluída a obra, não há que se falar em correção monetária a incidir sobre as prestações a títulos de isonomia ou pela invocação da cláusula **rebus sic stantibus**, mais que previsível.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.º 1.369/88, em que é apelante CONSTRUTORA STANLEY EMPREENDIMENTOS LTDA, e apelado CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO JOELI:

ACORDAM os Desembargadores da 7.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sessão de 09 de agosto de 1988, por unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Autora e réu firmaram, em 06 de outubro de 1986, contrato de prestação de serviços, obrigando-se a primeira a pintar o prédio do segundo, no prazo de 100 (cem) dias úteis, excluídos os chuvosos, pelo preço certo e irrealizável de Cz\$ 265.000,00 (duzentos e sessenta e cinco mil cruzados), com pagamento a ser feito em 10 (dez) prestações, iguais e sucessivas, vencendo-se a primeira delas em 08 de novembro de 1988.

Sob as alegações do fracasso do Plano Cruzado, de o Governo ter baixado Decreto reajustando os seus contratos e invocando a cláusula "rebus sic stantibus", pretende a autora que sobre as prestações já pagas ou a serem pagas incida correção monetária.

Data venia, não pode prosperar a pretensão da autora.

É que a obra já se encontra concluída e o preço integralmente pago, conforme afirma o réu, fatos não contestados, sendo inaplicável à espécie o princípio da isonomia, por ter o Governo, mediante Decreto, permitido o reajuste de contratos por ele firmados, até mesmo porque firmado foi o contrato já no final da vigência do Plano Cruzado, com preço fixo e irrealizável e, em assim sendo, também inaplicável é a cláusula "**rebus sic stantibus**", eis que era fato mais que previsível a defasagem da moeda, apregoada pelo próprio Governo, imprensa e todo cidadão, minuto a minuto.

Rio de Janeiro, 16 de agosto de 1988.

DES. PAULO ROBERTO DE A. FREITAS
Presidente

DES. JOSÉ EDVALDO TAVARES
Relator