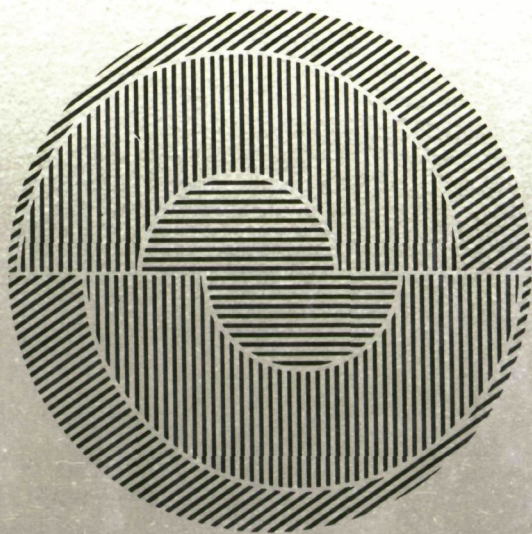


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS
OUTUBRO A DEZEMBRO — 1989
ANO 26 • NÚMERO 104

afinal promulgado — a dar pronto cumprimento às normas constitucionais definidoras daqueles direitos e garantias fundamentais, cujo exercício não se pudesse verificar, desde logo, pela inexistência da respectiva regulamentação.

Posto o tema nestes termos tão singelos, parecerá ao estudioso menos atento que não tem sentido nem sequer formular essa questão, pois seria contraditório, para não dizer irônico ou até mesmo jocoso, se condicionar o uso desse instrumento à superveniência de sua regulamentação, se ele foi concebido, precisamente, para assegurar imediato exercício a direitos carentes de regulamentação.

O argumento, à primeira vista atraente e fascinante, afinal pode se mostrar enganoso ou, pelo menos, sem a força de convencimento que aparentemente possui, como se procurará demonstrar ao longo das considerações expostas a seguir.

II — *Aplicabilidade das normas constitucionais*

Embora concordemos com JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo, RT, 2.^a ed., 1982, pp. 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 —, relembramos, aqui, a aludida distinção, pela sua utilidade para o desenvolvimento destas considerações.

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 fluir 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 ele 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 BARBOSA, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo, Saraiva, 1933, vol. II, pp. 477 e segs.).

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.*, p. 488). Se, ao revés, tal norma ou tais meios dependerem de ulterior criação legislativa, enquanto não forem criados, paralisarão ou reterão a eficácia dos preceitos constitucionais, que deles dependam para se tornarem operativos.

Ainda segundo o magistério de RUI BARBOSA, as disposições constitucionais, em sua maioria, não são *auto-aplicáveis*, porque 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.*, pp. 488/489).

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?

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. Mais 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...

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 fundo no exame das chamadas normas constitucionais programáticas, com vistas a 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, p. 11).

Com base nos estudos desse festejado jurista, forte na doutrina alemã, hoje em dia não há mais falar sequer na existência 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 legisladores, 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, pp. 132/133).

1. 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?

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.*, p. 266).

III — Aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais

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.

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.

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 direi-

to 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 remedios geraes de direito commum os meios de se desaffrontar, reparar e manter.”

.....

“A terceira consideração, emfim, pela qual os direitos individuaes 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 inaccessivel ao arbitrio, assim dos Governos, como dos Parlamantos, 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).

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 de lei*” (*in Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra, Coimbra Editora, 1984, 1.º vol., p. 164).

Tendo em vista, porém, que nalguns casos a própria Constituição remete para a lei a disciplinação do exercício de certos direitos fundamentais — como, por exemplo, o art. 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.

Diante de igual dificuldade — decorrente da redação do art. 5.º da nossa Carta Política, que faz depender de ulterior mediação legislativa o exercício de muitos direitos ali anunciados (*e. g.* incisos VII, XIII, XV, XXVIII, *etc.*), mas, ao 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 na forma da lei, ou quando o preceito

for destituído de elementos mínimos que assegurem a sua aplicação (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva, 1989, 2.º vol., p. 393).

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

Ainda no contexto constitucional português, outro jurista de expressão — JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADÉ —, 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 carácter *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 com o conteúdo que por esta lhe for dado. (*Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, pp. 254/255).

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, 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, p. 17).

Ali, segundo o magistério do conceituado GARCIA DE ENTERRIA, 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 liberdades 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., p. 74).

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

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

“Art. 5.º (Omissis).

.....

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”;

Figurando, esse preceito, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, está obviamente compreendido no âmbito de incidência da regra estabelecida no § 1.º do aludido art. 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. cit.*).

Antes de procedermos ao exame crítico do aludido dispositivo da Constituição, a ver se 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, pp. 179 e 181).

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

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 instrução 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, p. 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, p. 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., p. 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 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.

.....

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 regulação 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., p. 33).

— ULDURICO 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 § 1.º 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, p. 53).

— RITINHA GEORGAKILAS

"Concluímos 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 art. 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, p. 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 à prescrição 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., p. 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, p. 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, p. 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 em que se eliminou a referência ao rito processual adotável para apreciação pelos tribunais 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 texto, no entanto, não poderá servir de obstáculo ao uso da medida” (*Mandado de Injunção*. Rio, Edições Trabalhistas, 1989, p. 25).

Escusando-nos pela plethora 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.

Diante desse problema e da evidente impossibilidade de resolvê-lo simplesmente invocando a regra do art. 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, suscetível de execução (RUI BARBOSA, *op cit.*, p. 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 instituiu entre nós, é suscetível de aplicação sem regulamentação infraconstitucional.

V — Finalidade do mandado de injunção

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.

Também aqui é extensa e profunda a divergência entre os doutrinadores nacionais, que não chegaram a um acordo, mínimo sequer, a 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.*, pp. 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.*, p. 388).

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 o 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.*, p. 181).

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 transmudar-se o julgador em legislador (*op. cit.*, pp. 358/359).

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).

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*.

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.

Situando-se numa posição diametralmente oposta à daqueles 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, reduzindo-o a uma ação de inconstitucionalidade por omissão *subsidiária*, utilizável quando os respectivos titulares se omitirem no seu exercício (*op. cit.*, pp. 388/389).

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).

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 órgãos ou agentes públicos —, como se infere da leitura dos arts. 102, I, *q*, e 105, I, *h*, da nossa Constituição.

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).

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.

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.

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?

A 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 judiciais lo-

cais para decidir sobre mandados de injunção requeridos contra órgãos ou pessoas não jurisdicionados à Justiça da União (CF, art. 92, incisos I/VI).

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.

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 *constrição* 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).

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 tentará 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.

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 art. 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.

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 des-

prestigiá-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 discricão, mesmo judiciousa, dos milhares de magistrados que integram o Poder Judiciário do País.

Assim, impõe-se reconhecer que não é auto-aplicável o preceito constitucional instituidor do mandado de injunção — o art. 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.

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).

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.

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.

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