— Mandado de injunção. Estabilidade de servidor público militar. Artigo 42, parágrafo 9º, da Constituição Federal. Falta de legitimação para agir.

— Esta Corte, recentemente, ao julgar o mandado de injução 188, decidiu por unanimidade que só tem legitimatio ad causam, *em se tratando de mandado de injução, quem pertença a categoria a que a Constituição Federal haja outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja obstado por omissão com mora na regulamentação daquele.*

— Em se tratando, como se trata, de servidores públicos militares, não lhes concedeu a Constituição Federal direito à estabilidade, cujo exercício dependa de regulamentação desse direito, mas, ao contrário, determinou que a lei disponha sobre a estabilidade dos servidores públicos miliatares, estabelecendo quais os requisitos que estes devem preencher para que adquiram tal direito.

— Mandado de injunção não conhecido.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL

Mandado de Injunção nº 235
Requerente: Rubens Nascimento dos Santos e outros
Requerido: Presidente da República
Relator: Sr. Ministro MOREIRA ALVES

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 maioria de votos, preliminarmente, em rejeitar a conversão do julgamento em diligência para integrar a relação processual com a citação da União Federal e não conhecer do Mandado de Injunção, por ilegitimidade ativa *ad causam* dos requerentes.

Brasília, 20 de junho de 1990. *Néri da Silveira* — Presidente. *Moreira Alves* — Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moreira Alves: Assim expõe e aprecia o presente mandado de injunção o parecer da Procuradoria-Geral da República, de autoria do Dr. Moacir Antônio Machado da Silva:

"Rubens Nascimento dos Santos e dois outros Sargentos da Reserva (R/2) impetram mandado de injunção contra o Presidente da República, para que lhes seja assegurada a reintegração nas fileiras do Exército, até que seja editada norma regulamentadora do § 9º do art. 42 da Constituição Federal, referente à estabilidade dos servidores militares.

Esclarecem que foram licenciados antes do advento da nova Constituição, com mais de cinco anos de serviço militar ininterrupto e mais de dez anos de vínculo com o Exército, na condição de Sargentos R/2.

Invocam o art. 19 do ADCT, que confere estabilidade aos servidores públicos civis em exercício na data da promulgação da Constituição há pelo menos cinco anos continuados, e o art. 21 do mesmo Ato, que trata da estabilidade dos juízes togados de investidura limitada no tempo, com exigência apenas do estágio probatório.

O citado preceito constitucional — prosseguem — confere estabilidade a todos os servidores militares, inclusive aos componentes da reserva, que são considerados militares da ativa, quando convocados.

O Chefe do Poder Executivo encaminha as informações elaboradas pelo Ministério do Exército e pela Consultoria-Geral da República.

Assinala o Ministério do Exército que os requerentes eram militares convocados para o serviço ativo por prazo determinado (Lei nº 6.880, de 09.12.80, art. § 1º, III; Lei nº 6.391, de 09.12.76, art. 3º, II), que não poderiam adquirir estabilidade, somente reconhecida ao militar de carreira, ao completar dez anos de efetivo serviço (Lei nº 6.880/80, art. 50, IV, *a*).

O tempo máximo de permanência do Sargento Temporário no serviço ativo do Exército foi fixado inicialmente em seis anos (Portaria Ministerial nº 970, de 25.06.76), ampliado, posteriormente, para nove anos e seis meses (Portaria nº 812, de 12.11.84) e, por último, reduzido a quatro anos e oito meses (Portaria nº 949, de 17.10.89).

A Consultoria-Geral da República, por seu turno, entende que a pretensão dos requerentes, de reintegração no serviço ativo do Exército, não é compatível com a natureza simplesmente mandamental do mandado de injunção. Corroborando o entendimento da Consultoria Jurídica do Ministério do Exército, sustenta que a Constituição não conferiu estabilidade aos requerentes, não havendo, por conseguin-

te, omissão legislativa a embaraçar o exercício desse direito.

Não dispõem os requerentes, a nosso ver, de interesse de agir.

O art. 42, § 9º, da Constituição Federal, não confere estabilidade aos sargentos temporários. A norma sequer indica quais os servidores militares a serem contemplados com a garantia, nem fixa condições para a aquisição desse direito, limitando-se a deixar o assunto à regulamentação da lei ordinária, *in verbis*:

"Art. 42. São servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares.

(...)

§ 9º A lei disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade."

O citado preceito constitucional, como bem observam as informações, não outorga a garantia de estabilidade a militares temporários (fls. 155-156):

"Ao revés ao fazer remissão ao trato da matéria mediante lei ordinária, que assim poderá dispor sobre o seu alcance, o universo dos seus destinatários e o limite de tempo necessário à aquisição do favor legal, o legislador não procurou conferir, no texto constitucional citado, estabilidade a servidores que transitoriamente desempenham funções militares, assunto que continuou, no particular, a ser regido pelo preceito do art. 50, inciso IV, letra *a*, da Lei nº 6.880, de 1980, aceito, como antes dito, pela ordem constitucional vigente a partir de 05 de outubro de 1988."

A expressão "estabilidade", constante da regra transcrita, surgiu em decorrência de emenda apresentada pelo Deputado constituinte Sadie Hanache, com a seguinte justificativa:

"(...)

No § 9º foi incluída a expressão "estabilidade", pois devem receber o mesmo cuidado e atenção os aspectos referentes ao limite de idade para a permanência nos diferentes postos e graduações, a estabilidade na carreira militar e as condições de transferência para a inatividade. Tais aspectos envolvem considerações técnicas de carreira, que, por sua especificidade, devem merecer tratamento cauteloso, para que seja assegurada a justiça distributiva, a despeito das diferenças entre serviços, quadros, postos, graduações e tantos outros fatores condicionantes.

A Carta Magna não deve simplesmente silenciar sobre as condições de estabilidade dos servidores públicos militares, mas estabelecer a sua regulamentação via norma infraconstitucional.

Portanto, o que se pretende é que a lei cubra todas as situações peculiares que envolvem os militares, inclusive da estabilidade, já consagrada para os servidores públicos civis."

Carecem, portanto, os requerentes de interesse de agir, porque a Constituição Federal não lhes concede direito à estabilidade no serviço ativo do Exército e a legislação anterior, limitativa dessa garantia, é plenamente compatível com o novo texto, não se podendo falar em omissão, a justificar o mandado de injunção.

Por outro lado, segundo a orientação já fixada pelo Supremo Tribunal Federal, o mandado de injunção constitui ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa constitucional, cujo exercício esteja inviabilizado por falta de norma regulamentadora, com a finalidade de obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão, se estiver caracterizada a mora em regulamentar, e de que se dê ciência dessa declaração ao Poder, entidade, órgão ou autoridade, de que ela dependa, para que adote as providências necessárias (MI nº 107-3-DF(QO)).

O novo remédio constitucional, ainda de acordo com esse precedente, não confere ao Judiciário o poder de disciplinar a matéria, em substituição ao legislador.

A pretensão dos impetrantes, dirigida no sentido de que a Suprema Corte preencha o vazio legislativo, para o fim de garantir-lhes a estabilidade, é, como se vê, impossível juridicamente.

Dessa forma, por falta de interesse de agir e de possibilidade jurídica do pedido, que são condições da ação, o parecer é no sentido do

indeferimento da inicial ou da denegação do mandado de injunção." (fls. 160/164)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): 1. Embora o pedido dos autores vise à obtenção da estabilidade no serviço público federal, o que não pode ser alcançado pela via do mandado de injunção que é, como decidiu esta Corte no mandado de injunção 107, ação mandamental para a declaração da ocorrência de omissão com mora na regulamentação de direito, liberdade ou prerrogativa outorgados pela Constituição, mas cujo exercício seja obstado pela falta de sua regulamentação, tem este Tribunal entendido também — e isso tendo em vista a vacilação ocorrida na doutrina quanto à fixação da natureza jurídica dessa ação — que em pedidos do alcance do presente está contido o da declaração da omissão com mora do Poder, órgão ou autoridade que deve regulamentar a norma constitucional para a viabilização do exercício do direito, liberdade ou prerrogativa por ela concedido.

2. Falta, porém, aos autores legitimação para agir.

Com efeito, esta Corte, recentemente, ao julgar o mandado de injunção 188, decidiu por unanimidade que só tem *legitimatio ad causam*, em se tratando de mandado de injunção, quem pertença a categoria a que a Constituição Federal haja outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja obstado por omissão com mora na regulamentação daquele.

Ora, em se tratando, como se trata, de servidores públicos militares, não lhes concedeu a Constituição Federal direito à estabilidade, cujo exercício dependa de regulamentação desse direito, mas, ao contrário, determinou que a lei disponha sobre a estabilidade dos servidores públicos militares, estabelecendo quais os requisitos que estes devem preencher para que adquiram tal direito. É o que resulta claro do disposto no parágrafo 9º do artigo 42 da Constituição Federal, o único relativo à estabilidade do servidor público militar:

"A lei disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do Servidor Militar para a inatividade".

3. Em face do exposto, não conheço do presente mandado de injunção.

VOTO

O Senhor Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, sou egresso de uma Justiça à qual foram atribuídas duas missões: a de declarar a lei incidente no caso concreto e a de estabelecer normas e condições de trabalho. É o que constatamos no § 2º do artigo 114 da Constituição Federal. Talvez isso seja um resquício do corporativismo. Talvez tenhamos aí uma forma de intervenção constante do Estado mediante o Estado-Juiz, mediante o juiz, nas relações jurídicas. Todavia, não há a menor dúvida de que a Justiça do Trabalho tem o chamado poder normativo, que não é absoluto. É um poder balizado. Encontro nesse fato uma justificativa para a posição que tenho em torno do mandado de injunção, posição que, a meu ver, conduz à eficácia pretendida quando da aprovação da regra constitucional pertinente. Conduz à eficácia do preceito segundo o qual 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. Por isso, não sou rigoroso em demasia, até mesmo quanto à posição de criar normas, no caso concreto, envolvida no mandado de injunção, ou seja, na criação das condições pertinentes ao direito contemplado na Constituição.

O nobre Ministro Relator apontou que, no caso do Impetrante, não haveria a legitimidade, porquanto a ele não estaria assegurada por lei a estabilidade, nem teríamos a disciplina dessa estabilidade. Se a estabilidade é prevista como o é no texto constitucional; se temos o § 9º do artigo 42 explícito, no tocante ao fato de que a lei disporá sobre os limites de idade e a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade, devemos reconhecer que o instituto está consagrado como um direito dos servidores militares pelo citado dispositivo constitucional.

Afasto, portanto, a ilegitimidade *ad causam* ativa. Agora vislumbro um outro defeito na relação processual, de vez que a impetração, segundo ouvi, foi dirigida contra o Excelentíssimo Senhor Presidente da República e, a meu ver, a omissão, no caso, quanto à lei — e não temos aqui previsão de um simples decreto regulamentador a ser editado pelo Presidente da República —, não é de S. Exª. A omissão, no caso, é do Congresso Nacional.

O Senhor Ministro Moreira Alves (Relator) — Mas aí a iniciativa é privativa do Presidente da República.

O Senhor Ministro Marco Aurélio — Quanto à estabilidade?

O Senhor Ministro Moreira Alves (Relator) — Sim, porque é regime jurídico de servidor público, inclusive do servidor militar.

O Senhor Ministro Marco Aurélio — A iniciativa seria dele quanto ao encaminhamento. De qualquer maneira, noto, ainda, o defeito, porquanto a suportar um provimento judicial, neste mandado de injunção, não estaria o Presidente da República, mas a União que, portanto, deveria, com a vênia daqueles que entendem de modo contrário, figurar no caso.

Por isso concluo.

O Senhor Ministro Moreira Alves (Relator) — Mas nós não teríamos competência, porque, se fosse dirigido contra a União, a competência seria da Justiça Federal.

O Senhor Ministro Marco Aurélio — Mas veja V. Exª, temos aí, a atração pelo envolvimento do Presidente da República.

O Senhor Ministro Moreira Alves (Relator) — Se a iniciativa da regulamentação é do Presidente da República, a única autoridade omissa é ele, e a ação teria de ser dirigida contra ele.

O Senhor Ministro Marco Aurélio — A dúvida que tenho a respeito, Ministro Moreira Alves, é concernente à conseqüência de um possível acolhimento do pedido formulado no que tange àquela pessoa que suportará os ônus de um provimento judicial favorável ao Impetrante.

O Senhor Ministro Moreira Alves (Relator) — É com relação à natureza.

O Senhor Ministro Sepúlvera Pertence — Quanto à natureza, se ela fosse constitutiva, teria que suportar e responder pela obrigação.

O Senhor Ministro Moreira Alves — (Relator) — Já temos decisão unânime no sentido de que a ação é mandamental, e, portanto, se dirige contra o órgão ou a autoridade omissos. No caso, a omissão seria do Presidente da República, que não tomou a iniciativa. Mas, se V. Exª considera que o problema é da natureza da ação, que seria constitutiva para o efeito de esta Corte regulamentar caso a caso e depois determinar que quem tenha o de suportar o ônus decorrente da regulamentação seja chamado a juízo para ser o impetrado, então haveria ilegitimidade passiva, de autoridade omissa, pois a legitimada seria a União Federal, representada pelo Procurador-Geral da República.

O Senhor Ministro Marco Aurélio — Exato. A meu ver, se não for assim, não se chegará a um resultado positivo mediante essa impetração, o resultado concreto visado pelo próprio texto constitucional.

Imaginemos, por exemplo, um direito trabalhista qualquer — existem inúmeros dependendo de legislação ordinária, de iniciativa do Congresso Nacional, omissão, em si, do Congresso, porque a iniciativa, na área trabalhista, pode ser de qualquer membro do Congresso. Uma vez impetrado o mandado de injunção, chegando-se a um resultado satisfatório quanto ao pedido formulado, teremos, aí, que caminhar no sentido não só de lançar no mundo jurídico um provimento constitutivo a repercutir no patrimônio do empregador.

O Senhor Ministro Moreira Alves (Relator) — No meu entendimento, Ministro, não poderíamos condenar, por exemplo, o patrão que não está dando aos empregados participação nos lucros da empresa.

O Senhor Ministro Sepúlvera Pertence — Por quê?

O Senhor Ministro Moreira Alves (Relator) — Porque não há lei que tenha regulamentado essa participação, e uma das garantias constitucionais fundamentais é a de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei. Se o patrão não está obrigado a dar essa participação por falta de lei que a

tenha regulamentado não posso chamá-lo para que venha, nesta ação, assumir a posição de réu, já que ele não violou direito de ninguém. O descumprimento do preceito constitucional é, por omissão, do Congresso.

V.Exª partiu do poder normativo da Justiça Trabalhista, o qual, por isso mesmo, dispõe de eficácia *orga omnes*. Aqui, no entanto o problema é diverso, porque não há lei estabelecendo essa eficácia *erga omnes*, e ainda que se atribuísse à sentença nela proferida a natureza de sentença normativa, a ação deveria ter sido proposta contra a União Federal, e perante a Justiça Federal.

O Senhor Ministro Carlos Velloso — Ministro, V. Exª me permitiria? Acho que esse argumento há de ser afastado por força da própria Constituição, pois ele é no sentido de que qualquer Juiz Federal, qualquer Juiz do Trabalho poderia decidir uma questão desse tipo. A Constituição fixa a competência do órgão julgador pela autoridade ou pelo órgão que está omisso, que se omite na regulamentação. Se se diz que falta lei e que ela está tornando inviável e inócuo o direito constitucional conferido pela Constituição, a competência é da Corte Suprema, é do Supremo Tribunal Federal.

O Senhor Ministro Moreira Alves (RELATOR) — Com essa interpretação poderíamos ter de julgar as ações individuais, por exemplo, de milhares de funcionários do Banco do Brasil. V. Exª acredita que os constituintes quiseram inviabilizar o Supremo Tribunal Federal, criando uma ação que o tornaria o foro originário de milhares de ações constitutivas?

O Senhor Ministro Carlos Velloso — Ministro, se esses 120 mil funcionários vêm em litisconsórcio ativo, uma única decisão pode ser proferida, quer dizer, esse é um argumento *ad terrorem*, que pode ser afastado com facilidade e não me intimidaria, *data venia*; se viessem em litisconsórcio ativo todos esses 120 mil, o Supremo proferiria uma única decisão; se viesse um único piloto para, depois, os outros o acompanharem, aquela decisão primeira serviria de precedente para as demais.

Lembro-me que esse argumento me foi dado, uma vez, num simpósio pelo meu eminente Colega e Ministro Sepúlveda Pertence, quando argumentava o Sr. Ministro MARCO AURÉLIO sobre o aviso prévio; a Constituição diz que o aviso prévio é proporcional ao tempo de serviço na forma da lei.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence — Partindo da premissa de que a Constituição tem...

O Senhor Ministro Carlos Velloso — Na ocasião, dizia que deveria ser possível o mandado de injunção, no caso, e o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence me veio com esse argumento *ad terrorem* e eu disse que não; haveria apenas uma decisão, as outras seriam cópias.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence — Veja V. Exª que uma decisão do Supremo Tribunal Federal não é cópia, é decisão.

O Senhor Ministro Carlos Velloso — Sim, para se tomar a decisão que vai servir de precedente, evidentemente.

O Senhor Ministro Moreira Alves (RELATOR) — V. Exª parte do pressuposto de que, aí, haveria litisconsorte passivo necessário, justamente para haver a reunião de ações, mas acontece que esse litisconsórcio seria simplesmente facultativo.

O Senhor Ministro Carlos Velloso — Ministro, não me aprofundo nessas questões, nessas filigranas processuais, mesmo porque não sou professor de processo, confesso. Agora, acho que temos que interpretar o processo, as leis de processo no rumo da Constituição, não a Constituição no rumo dos princípios e das regras processuais.

O Senhor Ministro Marco Aurélio — Ministro Moreira Alves, na hipótese, já há entendimento seu manifestado em sentido contrário, afastando o litisconsórcio necessário, unitário. Entendo que deveria ser chamada a União para figurar no mandado de injunção, porque não posso concluir pela ilegitimidade *ad causam*, se a parte não está, sequer, no processo.

Por tudo, meu voto é no sentido de assentar que a União deve integrar o presente mandado de injunção, sem exclusão, porém, da autoridade que é apontada como omissa.

Manifesto aos caros colegas uma preocupação maior em conferir ao preceito constitucional interpretação que o revele inócuo pois, a permanecer o enfoque que até aqui lhe é da-

do, não teremos hipótese alguma em que frutificará, com a almejada carga de eficácia, o mandado de injunção.

Pela minha formação humanística, profissional, Senhor Presidente, não posso caminhar nesse sentido. Como juiz, com a responsabilidade que tenho, que imagino ter, não posso assumir essa posição. Ao contrário, tudo farei, como magistrado, para que esse dispositivo de nossa Carta seja, realmente, o dispositivo imaginado pela sociedade, imaginado por todos, ou seja, viabilizador do exercício de direitos constitucionais jungidos a regulamentação.

Peço vênia aos nobres Colegas e, inclusive, a compreensão quanto à complexidade por mim atraída para o caso — que sob a óptica desses Colegas talvez não exista —, para apontar que não temos condições de prosseguir no julgamento deste mandado de injunção enquanto a União nele não estiver integrada.

VOTO SOBRE PRELIMINAR

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Sr. Presidente, o entendimento que tenho a respeito do tema, com a vênia do Sr. Ministro Moreira Alves e da Egrégia Corte, que sufragou o entendimento de S. Exª, é no sentido de que o mandado de injunção brasileiro não tem similar no Direito Constitucional Comparado.

Segundo penso e extraio da norma inscrita no inciso LXXI do art. 5º da Constituição, o que se deseja é tornar viável o exercício de direito concedido pela Constituição até então inócuo em razão da inexistência de norma regulamentadora, o que difere, *data venia*, do que está disposto no § 2º do art. 103, que fornece o conceito da ação direta de inconstitucionalidade.

Não podemos interpretar restritivamente uma garantia constitucional. Desde Marshall que os estudiosos de hermenêutica constitucional sustentam que as garantias constitucionais interpretam-se amplamente.

Lendo-se o dispositivo inscrito no inc. LXXI do art. 5º, ver-se-á que a Constituição deseja, emprestando caráter substantivo ao mandado de injunção — não importa o nome, mesmo porque a Constituição não se obriga ao rigor terminológico, porque é uma lei geral. A lei processual, sim, por ser lei especial é que deve usar as palavras com rigor técnico-jurídico — que o exercício de um direito constitucional até então inócuo, em razão da inexistência de norma regulamentadora, seja tornado viável pela ação do mandado de injunção. Veja-se que a Constituição, no inc. LXXI do art. 5º, fala em viabilização, pelo mandado de injunção, de exercício de direito, o que não acontece com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão — art. 103, § 2º. Nesta, 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. Naquela, vale dizer, na ação de mandado de injunção, será este concedido para o fim de viabilizar o exercício de direito constitucional inócuo em razão da falta de norma regulamentadora. O mandado de injunção se distingue, pois, fundamentalmente, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Interpretado o dispositivo inscrito no inc. LXXI do art. 5º da Constituição, sem preconceitos, assim com a amplitude que é recomendável, ver-se-á que essa ação constitucional não tem similar no direito constitucional comparado. Na Lei Fundamental de Bonn devemos buscar inspiração para a interpretação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, porque a Lei Fundamental de Bonn não autoriza a Corte Constitucional a viabilizar direito constitucional inviável em razão de norma regulamentadora, tal como acontece com a Constituição brasileira.

Senhor Presidente, com essas palavras, quero dizer que o mandado de injunção tem caráter constitutivo. Aliás, é bom não esquecer que essas regras processuais, que levam a classificação das ações, devem ser interpretadas no rumo da Constituição. Noutras palavras, a Constituição não pode ser interpretada tendo em vista regras processuais; ao contrário, as normas de processo é que devem ser interpretadas tendo em linha de conta as normas constitucionais. E só isto seria, para mim, suficiente

para afastar essas questões processuais que considero de importância menor quando, como juiz da Corte Constitucional, tenho que fazer viva a garantia que a Constituição consagra.

Estou em que a ação de mandado de injunção tem caráter constitutivo, ou que poderá ter caráter constitutivo. Por isso, entendo que o mandado de injunção deverá ser ajuizado contra aquele que deve suportar os efeitos da sentença. Quem suportaria aqui os efeitos da sentença? A União Federal.

No caso que mencionava há pouco, do direito que a Constituição concede aos trabalhadores — aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, art. 7º, XXI — o empregador suportará os efeitos da sentença. Dir-se-á, mas o empregador não está omisso, não paga o aviso prévio na forma estabelecida na Constituição, proporcionalmente ao tempo de serviço, porque falta norma regulamentadora. É justamente por isso que existe o mandado de injunção, para fazer a integração daquele direito, até então inviável, até então inócuo, à ordem jurídica.

A Constituição quer, na verdade, que não haja, que não continue havendo fraude à Constituição.

Sr. Presidente, posta a questão nesses termos, acho, então, que a União deveria ser citada. Verifico que o mandado de injunção foi ajuizado contra o Presidente da República. Destarte, ajuizado o mandado de injunção contra o Presidente da República, basta que eu, como juiz, corrija a indicação: onde está Presidente da República, deve-se ler União Federal, citando-se esta.

Acho que é possível fazer essa citação, porque o Presidente da República foi indicado. Quem representa melhor a União Federal do que o Presidente da República? Processualmente, formalmente, é o Procurador-Geral da República. Em substância, entretanto, ninguém representa melhor a União Federal do que o Presidente da República, num sistema presidencial monocrático, em que o Presidente da República é Chefe de Estado e Chefe de governo.

De modo que, concordo com a diligência e, corrigindo a inicial, determino seja citada a União Federal, que suportará os efeitos da injunção, caso venha a ser concedida.

VOTO S/ PRELIMINAR

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Senhor Presidente, tenho o maior respeito pelos precedentes e pela jurisprudência da Corte, mas sempre os entendi como um roteiro a facilitar as decisões, enquanto não haja elementos novos a considerar.

Por isso, estou plenamente disposto a ouvir, com maior vagar, as considerações dos eminentes Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso, que já anteciparam, em seus votos, o seu posicionamento pela chamada teoria constitutiva do mandado de injunção, até porque no *leading case,* Mandado de Injunção 107, salvo reparos do Ministro Célio Borja, ninguém assumiu frontalmente, até agora, a posição agora tomada pelos dois eminentes pares que vêm de se integrar à Corte.

Mas, Senhor Presidente, no caso concreto, creio que essa discordância fundamental sobre a natureza do instituto, *data venia*, não tem relevo.

O Senhor Ministro Moreira Alves — Se o problema é de relação processual, até para decidirmos isso, temos que mandar citar.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence — Quando a parte é ativamente ilegítima, entendo que não; a indagação da sua legitimação precede à indagação sobre a ilegitimidade passiva ou pelo menos, é indiferente qual se considere primeiro. Se posso decidir, de logo, negando a legitimidade ativa, não tenho por que citar ninguém.

Ora, no caso, o eminente Relator demonstrou que não há legitimação ativa, de acordo com o precedente do Mandado de Injunção 188, em que se entendeu que, não a existência em concreto do direito alegado, mas pelo menos a admissão, em tese, do direito constitucional alegado é condição da ação de mandado de injunção. A meu ver, isso prevalece, tanto na concepção mandamental do mandado de injunção quanto na concepção constitutiva.

O Senhor Ministro Carlos Velloso — V. Exª se apoia no precedente do Tribunal que entende...

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence — Estou dizendo: num precedente sobre outro assunto, problema de procuradores autárquicos que se pretendiam integrar à advocacia da União, entendemos que, como sequer em tese a Constituição deu esse direito aos procuradores autárquicos, faltava-lhes *legitimatio ad causam.*

No caso de hoje, demonstrou o Relator, a esses militares também não se deu um direito: ordenou-se ao legislador que estabeleça uma disciplina normativa da estabilidade dos militares, concedendo ou não esse direito.

Ora, nem os constitutivistas, a meu ver, chegam ao ponto de entender que o Tribunal possa, não só suprir a norma infraconstitucional, mas também suprir a ausência de norma constitucional, vale dizer, criar o direito que a Constituição não deferiu.

Por isso, até em homenagem aos eminentes Ministros que se propõem à discussão da tese fundamental, prefiro, no caso, manter-me nas circunstâncias da lide e entender que falta *legitimatio ad causam* ativa, tornando-se irrelevante a questão da natureza da ação, que diz com a legitimidade passiva.

Por isso, peço vênia para indeferir a diligência.

VOTO S/ PRELIMINAR

O Senhor Ministro Célio Borja: Sr. Presidente, talvez tenha sido o único, dentre os juízes da Corte, que, quando se discutiu, no julgamento tanto do Mandado de Injunção 107 como posteriormente em outros casos, os efeitos constitutivos ou meramente mandamentais do instituto, se posicionou no sentido de que vislumbrava efeitos constitutivos no mandado de injunção. E até lembrei trabalho de natureza doutrinária que havia feito — conferência na Ordem dos Advogados do Ceará — sustentando esse ponto de vista; mas, curvei-me, desde então, à decisão da maioria.

Penso, entretanto, Sr. Presidente, que isso não está agora em discussão. O fato concreto é que entendemos todos, e aí unanimemente, sem nenhuma discrepância, que — como disse o Ministro Sepúlveda Pertence —, tanto para uns como para outros, é essencial que o requerente exiga o direito, extraído de norma constitucional, àquilo que postula. E, no caso concreto, mostrou o eminente Relator que esse direito não existe, o requerente não tem esse direito.

Por isso, Sr. Presidente, peço vênia aos eminentes Ministros que divergem, para acompanhar o eminente Relator.

VOTO S/ PRELIMINAR

O Senhor Ministro Aldir Passarinho: — Sr. Presidente. Entendo que não se encontra configurado direito que deva ser exercido pelo postulante, pelo que lhe falta, em conseqüência, legitimidade ativa para impetrar mandado de injunção. Assim tenho como incabível ser citada a União, o que só se justificaria se, pelo menos em princípio, considerássemos existente direito em favor do postulante, e que estivesse ele sem poder exercê-lo por falta de norma regulamentar.

E por assim entender, indefiro, *data venia*, por desnecessário, o pedido de diligência.

VOTO (MÉRITO)

O Senhor Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, peço vênia ao nobre Relator para entender que temos, no parágrafo 9º do artigo 42, um direito assegurado, um instituto a ser disciplinado mediante legislação ordinária, o instituto da estabilidade. Quando o dispositivo cogita do fato de a lei vir a disciplinar a estabilidade exclui, por completo, a possibilidade de a lei apontar como que — se é que podemos cogitar disso — uma estabilidade negativa, ou seja, de a lei afastar a estabilidade. Não consigo vislumbrar nesse preceito a inexistência, em si, do direito à estabilidade. "A lei disporá sobre os limites de idade, a estabilidade (que para mim virá à balha quando houver um encaminhamento) e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade". Ora, se tenho como premissa que o impetrante é servidor militar, temos, aí, uma

a hipótese de omissão, que impede o exercício do direito, impede as repercussões do próprio direito.

Peço vênia, portanto, para rejeitar a ilegitimidade.

VOTO (MÉRITO)

O Senhor Ministro Carlos Velloso: O Sr. Presidente, o § 9º do art. 42 da Constituição não confere de pronto um direito à estabilidade.

Há como que, nesse dispositivo inscrito no § 9º do art. 42, uma delegação do constituinte ao legislador ordinário. Ao estabelecer que a lei disporá sobre a estabilidade, quer me parecer que o constituinte deixou o legislador livre para conceder ou não conceder, ou para estabelecer condições, no caso de concessão. Por isso, penso que, no ponto, não há um direito constitucional de pronto concedido pela Constituição a depender de norma regulamentadora. É possível até o raciocínio no sentido de que a lei anterior à Constituição, que não confere estabilidade e que regula a prestação de serviço desses militares da reserva convocados, foi recebida pela Constituição, ou recepcionada, como elegantemente se referem os constitucionalistas.

Nesse ponto, com estas breves considerações, peço vênia ao Sr. Ministro Marco Aurélio para aderir ao voto do Sr. Ministro Relator, no sentido de que não há direito constitucional individual a ser integrado à ordem jurídica, ou direito constitucional inviável, em razão da inexistência de norma infraconstitucional, a ser integrado, assim, à ordem jurídica pelo mandado de injunção.

VOTO (MÉRITO)

O Senhor Ministro Aldir Passarinho: Senhor Presidente, quando proferi o meu voto, ainda há pouco, debati o assunto, por entender que se de pronto se verifica inexistência de legitimidade *ad causam* — e esse foi o fundamento do voto do Sr. Ministro Relator — era preciso verificar-se quanto à necessidade de integrar a lide uma outra parte que nela não figurava inicialmente. Essa, sem dúvida, é a premissa maior.

Prosseguindo, parece-me, Sr. Presidente, que, na verdade, não há direito reconhecido na Constituição ao postulante. O mandado de injunção é para o exercício de um direito e esse direito há, portanto, de ser reconhecido como pre-existente. Em relação ao mandado de injunção, surge uma situação interessante: é que deveremos verificar inicialmente a existência de direito previsto na Constituição, pelo menos em princípio, para saber-se se o interessado realmente pode requerer mandado de injunção. E quanto ao direito, ele realmente não tem, e isso, no caso, é posssível de ver-se, inicialmente. Como foi salientado pelo eminente Ministro Carlos Velloso, o legislador constituinte transferiu ao legislador ordinário que este estabelecesse as diretrizes a serem adotadas com relação à estabilidade. É a mesma coisa, por exemplo, quando, se referindo à competência do Presidente da República para iniciativa das leis, estabelece o § 1º do art. 61, no seu item II, letra "a" da Lei Maior que o "Presidente da República tem iniciativa de propor leis relativas ao aumento de remuneração dos servidores públicos". Ora, a lei é de iniciativa do Presidente da República para aumento de vencimentos, mas não significa isso dizer que todos os servidores públicos têm direito ao aumento de vencimentos e, em conseqüência, possam exigir que seja elaborada lei nesse sentido.

Assim, Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro Moreira Alves, não conhecendo do mandado, *data venia* do Sr. Ministro Marco Aurélio.

VOTO (MÉRITO)

O Senhor Ministro Octávio Gallotti: — Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator.

Como bem esclareceu o Ministro Carlos Velloso, a constituinte dispôs diretamente sobre a estabilidade e sobre os limites de idade para a inatividade dos servidores civis.

Para compor o quadro, quanto aos militares, transferiu ao legislador ordinário a competência para estabelecer essas disposições.

E enquanto este não o fizer, a legislação, em vigor sobre a estabilidade dos militares, há de prevalecer, inclusive aquela que evidencia ser a condição de oficial ou sargento temporário infensa à aquisição da estabilidade, não existindo, portanto, qualidade dos autores, para postular o direito que perseguem.

Acompanho, assim, o eminente Ministro Relator, não conhecendo do pedido.

EXTRATO DA ATA

MI 235-5 — RJ (Medida Liminar)

Rel.: Min. Moreira Alves. Reqtes.: Rubens Nascimento dos Santos e outros (Advs.: José Henrique Pinto e outro). Reqdo.: Presidente da República.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal rejeitou a conversão do julgamento em diligência para integrar a relação processual com a citação da União Federal, vencidos os Srs. Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso. Também por maioria, o Tribunal, contra o voto do Sr. Ministro Marco Aurélio, não conheceu do mandado de injunção por ilegitimidade ativa *ad causam* dos requerentes. Ausentes, ocasionalmente, o Sr. Ministro Sydney Sanches. Votou o Presidente. Plenário, 20.06.90.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira. Presentes os Senhores Ministros Moreira Alves, Aldir Passarinho, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso e Marco Aurélio.

Procurador-Geral da República, o Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.