

QUESTÕES PROCESSUAIS RELACIONADAS COM O MANDADO DE INJUNÇÃO

DOMITILA DUARTE ALVES¹

SHIRLEY ALONSO RODRIGUES SILVERIO LOPES²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar os aspectos processuais do instituto, tais como: competência, rito processual, elementos da ação, legitimidade ativa para a propositura da ação, o mérito da ação e a coisa julgada, bem como trataremos de discussões doutrinárias sobre os legitimados que devem integrar o pólo passivo do Mandado de Injunção

Palavras-chave: Mandado de Injunção. Questões Processuais atinentes ao Instituto. Aspectos polêmicos.

¹ Procuradora Nível III do Município de Diadema. Formada pela (Faculdades Metropolitanas Unidas) e aluna de pós graduação em Direito Ambiental..

² Procuradora Nível IV do Município de Diadema. Especialista em Direito Público

SUMÁRIO

1 DA COMPETÊNCIA	3
2 DO RITO PROCEDIMENTAL.....	7
3 ELEMENTOS DA AÇÃO.....	8
3.1 PARTES	8
3.2 PEDIDO	8
3.3 CAUSA DE PEDIR.....	9
4 LEGITIMIDADE	10
4.1 LEGITIMIDADE PASSIVA.....	11
5 DO MÉRITO	15
6 DA COISA JULGADA.....	19
7 CONCLUSÃO.....	21
8 BIBLIOGRAFIA	23

1 DA COMPETÊNCIA

A jurisdição é uma e exercida em todo o território nacional.

As regras de competência estabelecem limites à jurisdição que pode ser desempenhada por cada órgão judicial.

Chiovenda propôs uma divisão tripartida da competência como territorial, material e funcional.

Carnelutti criticou tal divisão e adotou uma divisão bipartida : competência objetiva (relacionada com a matéria sobre a qual o órgão deve atuar) e competência funcional (relacionada com a função desenvolvida pelos órgãos jurisdicionais).

O Código de Processo Civil adotou a Teoria de Chiovenda, dividindo a competência em razão do valor, da matéria e das pessoas envolvidas - competência funcional e territorial.

Normalmente, uma ação deve ser proposta perante os órgãos de primeira instância. Entretanto, em razão das pessoas ou da matéria envolvida, o ordenamento jurídico determina que algumas ações devem ser propostas originariamente perante o órgão colegiado do segundo grau de cada uma das justiças especializadas. É o que ocorre com o Mandado de Injunção.

A Constituição Federal contém regras de competência que estabelecem quando o Mandado de Injunção deve ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de justiça, fixando, ainda, competência recursal para o Supremo Tribunal Federal e para o Tribunal Superior Eleitoral.

Assim sendo, de acordo com o art. 102, I, “q”, da CF/88, originariamente cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar o Mandado de Injunção, quando a omissão em regulamentar o dispositivo constitucional partir do Presidente da República, Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal. Mas, quando o STF julgar Mandado de Injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, em recurso ordinário, e essa decisão for denegatória, a competência será derivada (art 102, II, “a”, CF/88 c.c. art 539, I do CPC).

Já ao Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o art. 105, I, “h”, da CF/88, originariamente caberá julgar Mandado de Injunção quando a regulamentação da norma for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuando os casos de competência do STF e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho e Justiça Federal. Importante ressaltar que o STJ não possui competência derivada.

Segundo o art. 121, § 4º. V, da CF/88, o Tribunal Superior Eleitoral, possui competência derivada para julgar recursos provenientes do Tribunal Regional Eleitoral, quando denegado o *writ* em questão.

As regras de competência foram estabelecidas em razão da matéria deduzida em juízo e não em razão da pessoa.

Portanto, necessário se faz, primeiramente identificar qual o direito, prerrogativa ou liberdade cujo exercício se objetiva viabilizar, para depois descobrir qual o órgão ou entidade incumbido de regulamentação e então estabelecer qual o juízo competente.

O art. 105, I, “h” da Constituição Federal ao mencionar a competência do Superior Tribunal de Justiça, de forma indireta, prevê a possibilidade de ser atribuída a outras esferas do Poder Judiciário competência para apreciar o Mandado de Injunção.

O Superior Tribunal de Justiça teria, a princípio, competência para julgar todos os Mandados de Injunção quando a atribuição da norma regulamentadora estivesse a cargo de órgão, entidade ou autoridade federal. Entretanto, seria afastada sua competência, sempre que a matéria fosse afeta à Justiça Trabalhista, Militar ou Eleitoral. Assim, se a norma regulamentadora referir-se a matéria trabalhista, competirá à Justiça do Trabalho a sua apreciação.

Em relação à competência do Supremo Tribunal Federal em relação ao Mandado de Injunção, independentemente da matéria tratada, a competência será atribuída quando a norma regulamentadora for atribuída a algum dos órgãos ou pessoas indicadas no dispositivo constitucional.

Para a fixação da competência da Justiça Federal, a Constituição Federal, levou em consideração a pessoa envolvida, ou seja, sempre que autor, réu ou interveniente forem pessoas jurídicas de direito público, a competência será da Justiça Federal, devendo ser

perquerido, a partir da matéria envolvida, quem é o órgão, autoridade ou poder incumbido da regulamentação, para se descobrir o juízo competente.

A Constituição Federal em nenhum momento especifica quando se daria a competência da Justiça Federal para processar e julgar o Mandado de Injunção, não havendo espaço para a mesma, salvo se editada lei específica disciplinando-a

O Superior Tribunal de Justiça³ enfrentou a questão, declarando-se competente para apreciar qualquer Mandado de Injunção no qual figurassem como autoridades ou órgãos omissos os elencados no art. 105, I, “j”, enquanto não proviesse lei regulamentando a matéria.

“Mandado de Injunção. Declaração de regularidade de situação militar, para fins de diplomação e posse como vereador. Competência. Impetração não conhecida.

1. Não havendo, ainda, norma regulamentadora definindo a competência dos órgãos judiciais relacionados na segunda parte da letra “h” do item I, do art. 105 da Constituição Federal, será ela, até então, do Superior Tribunal de Justiça, ressalvados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal, já especificados no próprio texto constitucional.

2. Não é de se conhecer, porém, do mandado de injunção se, sequer, o impetrante alega inexistir norma regulamentadora que torne inviável o exercício de qualquer direito seu (art. 5º, inciso LXXI, da CF). A via eleita não se compadece com o objetivo visado.

Em relação a Justiça Comum Estadual, vige o sistema de competência residual, cabendo a ela apreciar os processos relacionados às matérias, pessoas, órgãos ou poderes cujo julgamento não tenha sido atribuído a nenhum outro órgão jurisdicional.

Esta vem sendo a posição jurisprudencial⁴ sobre o tema.

“Competência Mandado de Injunção. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar mandado de Injunção contra ato atribuído a governador do estado. CF art. 105, I, “h”. Mandado de Injunção não conhecido. (MI 97-5-RJ. Rel. Min. José de Jesus Filho).”

Idêntico é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.⁵

“Mandado de Injunção. Competência Originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “q”, da CF).

Não compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente, mandado de injunção contra atos do Tribunal de Justiça e governador do Estado, em face do que dispõe o art. 102, I, “q” da Constituição”.

Diante do silêncio do texto constitucional e da ausência de Lei Federal, as regras de competência para apreciação do mandado de injunção que caibam à Justiça Comum Estadual, deverão ser estabelecidas no âmbito de cada esfera estadual, através da

³ STJ – MI nº97-5-RJ – Rel. Min. Edson Vidigal – j. em 08-06-89 (RSTJ nº 04, p. 1393, dez. de 1994)

⁴ STJ – MI nº97-5-RJ – Rel. Min. José de Jesus Filho – j. em 09-12-93 (RSTJ nº 56, p. 63)

⁵ STJ – MI nº 36-MA – Rel. Min. Sydney Sanches – j. em 15-05-91 (RTJ v. 159, p.3)

Constituição Estadual e das normas de organização judiciária, como determina o art. 125 da Constituição Federal.

Na Constituição do Estado de São Paulo a competência para processar e julgar Mandado de Injunção é originária do Tribunal de Justiça (art. 74,V) .

Dentro do Tribunal de Justiça fixou-se o entendimento de que o órgão competente para processamento e julgamento do Mandado de Injunção é o Órgão Especial.

Todas as hipóteses de competência originária atribuídas a Tribunais apresentam natureza absoluta, por serem estabelecidas ou em razão da matéria ou em razão da pessoa envolvida, sendo regidas pelo princípio da indisponibilidade, podendo o órgão jurisdicional entender-se por absolutamente incompetente e declinar de ofício a competência, independentemente de requerimento das partes, remetendo os autos ao Juízo competente, sendo os atos decisórios praticados declarados nulos, conforme determina o art. 113, parágrafo 2º do CPC, jamais extinguindo o processo sem julgamento de mérito, pois assim, estaria proferindo sentença e julgando de certa forma a ação.

2 DO RITO PROCEDIMENTAL

O artigo 24, § 1º da Lei 8038/90 dispõe que o mandado de injunção seguirá o rito processual do mandado de segurança, naquilo que couber.

Portanto, os fatos e circunstâncias ensejadores do mandado de injunção deverão ser comprovados de plano, junto com a petição inicial, pois o rito procedimental é extremamente abreviado e não admite delação probatória.

Caso o julgador não entenda que os fatos alegados são suficientemente comprovados, poderá determinar a juntada de algum documento que entenda faltante. Caso a determinação não seja cumprida no prazo de dez dias, a petição inicial será indeferida e o processo será extinto sem julgamento de mérito.

3 ELEMENTOS DA AÇÃO

3.1 - PARTES

Segundo Moacyr Amaral dos Santos:⁶

"Partes, no sentido processual, são as pessoas que pedem, ou em face das quais se pede, em nome próprio, a tutela jurisdicional."

Os representantes processuais, que pleiteiam direito alheio em nome alheio não podem ser considerados partes. Ao passo que, o substituto processual, que age em nome próprio, deve ser considerado parte.

Há uma certa divergência doutrinária em relação às características do mandado de injunção como jurisdição voluntária ou contenciosa. Se adotada a posição de que o mandado de injunção teria características de jurisdição voluntária não haveria partes e sim interessados. Apenas na concepção de que no mandado de injunção deve haver a condenação do obrigado a satisfazer o direito do impetrante, haveria partes e jurisdição contenciosa em razão da litigiosidade.

3.2. - PEDIDO

O pedido imediato no mandado de injunção seria:

1. o requerimento de uma sentença declaratória ou, conforme o caso, mandamental, de acordo com a concepção dominante no STF.
2. o requerimento de uma sentença constitutiva, para as correntes que entendem ser o mandado de injunção destinado exclusivamente a regulamentação do direito.
3. o requerimento de uma sentença condenatória, para a corrente que entende que no mandado de injunção há a condenação à satisfação do direito do autor obstaculizado pela falta de norma regulamentadora.

Já no pedido mediato teríamos:

1. a declaração da omissão inconstitucional
2. a regulamentação do exercício do direito
3. a condenação do obrigado a satisfazer este direito, liberdade ou prerrogativa.

⁶ Primeiras linhas de direito processual civil, p. 275

3.3 - CAUSA DE PEDIR

A causa de pedir remota é composta pela narração dos fatos que constituem o direito do autor, bem como a relação jurídica estabelecida entre ele e o obrigado a satisfação do direito.

Já a causa de pedir próxima é a fundamentação jurídica, que é composta pelo direito afirmado pelo autor e pela relação jurídica da qual este direito resulta, ou seja, o direito à uma regulamentação supletiva para viabilizar o exercício do direito delineado na Constituição Federal e até então obstaculizado.

Havendo regulamentação do direito, liberdade ou prerrogativa, no curso do processo, ou seja, após a propositura do mandado de injunção, mas, antes de seu julgamento, a solução é a extinção do processo sem julgamento de mérito.

O STF tem entendido que a ação perde seu objeto. Podemos citar o exemplo do MI 183-RS, que buscava a efetivação da aposentadoria especial para o trabalhador rural, aos 60 anos para homens e aos 55 para mulheres. No curso da ação, foi promulgada a Lei nº 8213/91 que regulamentou no artigo 48 o direito do impetrante. Em consequência, o mandado de injunção perdeu seu objeto, sendo julgado prejudicado.

4 LEGITIMIDADE

No Código de Processo Civil a legitimação "ad causam" é uma das condições da ação.

A legitimação "ad processum" se distingue da legitimação "ad causam", pois esta diz respeito a titularidade da ação, em razão do direito material e aquela diz respeito à capacidade jurídica para o exercício de direitos.

No mandado de injunção individual o legitimado ativo é aquele que em tese é titular do direito, liberdade ou prerrogativa previstos em norma constitucional e inviabilizado por falta de regulamentação.

O legitimado ativo poderá ser tanto pessoa física como pessoa jurídica.

Normalmente só pode ajuizar ação aquele que for titular do direito. Entretanto, excepcionalmente, a lei pode atribuir a determinadas pessoas que postulem judicialmente, sem serem titulares do direito deduzido em juízo.

A substituição processual ocorre quando a lei permite que alguém proponha ação, em nome próprio, a fim de tutelar direito alheio. O substituto é parte, exercendo toda a atividade processual.

Os sindicatos ao impetrarem mandado de injunção para tutela de direito individual de seus membros, atua como substituto processual, esta permissão ocorre em decorrência do artigo 8º, inciso III da Constituição Federal que estabelece, *in verbis*:

"Ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas."

Ademais, poderá o sindicato impetrar mandado de injunção coletivo para a viabilização de direitos, liberdades ou prerrogativas.

Além da substituição processual pelos sindicatos, o artigo 5º, inciso XXI da Constituição Federal prescreve, *in verbis*, que:

"As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, tem legitimidade para representar os seus filiados judicial ou extrajudicialmente."

As associações civis, podem atuar como representantes processuais de seus associados, desde que expressamente autorizadas e impetrar mandado de injunção para viabilizar o exercício de direito individual de seus membros.

4.1 LEGITIMIDADE PASSIVA

Quanto ao legitimado passivo do mandado de injunção há na doutrina grande polêmica. Dependendo da corrente doutrinária a ser seguida, podemos citar três posições:

1. legitimado passivo seria o ente regulamentadora da norma.
2. legitimado seria apenas a pessoa jurídica de direito público ou privado que deve satisfazer o direito do impetrante.
3. ambos seriam legitimados a integrar o pólo passivo.

A primeira corrente, que entende ser legitimado passivo no mandado de injunção o ente responsável pela regulamentação da norma, adota o entendimento de que o mandado de injunção busca a declaração da mora daquele que tem a incumbência da regulamentação.

É a posição majoritária do STF⁷.

".....Somente pessoas estatais podem figurar no pólo passivo da relação processual instaurada com a impetração do mandado de injunção, eis que apenas a ela é imputável o dever jurídico de emanção de provimentos normativos....."

Nos casos em que o STF admite que o Poder Judiciário, além de declarar a inconstitucionalidade da omissão, deve determinar a suspensão dos processos judiciais ou administrativos que possam trazer dano ao impetrante, danos estes que não ocorreriam caso não houvesse omissão inconstitucional. Sendo a omissão inconstitucional tratada como direito oponível contra o Estado, o ideal seria que o ente público obrigado a satisfação do direito, liberdade ou prerrogativa integrasse o processo, pois seria compelido a suportar os efeitos da demanda.

Para os partidários da segunda corrente, o legitimado passivo do mandado de injunção é apenas a pessoa jurídica de direito público ou privado que deve satisfazer o direito do impetrante. A natureza jurídica da sentença prolatada em sede de mandado de injunção seria condenatória e deveria integrar o pólo passivo apenas aquele que iria suportar a condenação.

Segundo Sérgio Bermudes⁸, neste caso, o Poder Judiciário, sempre que entendesse necessário, poderia intimar o órgão moroso para que esclarecesse efetivamente se houve ou não regulamentação do direito ou fornecesse cópias do teor dos projetos de lei ou estudos

⁷ STF – MI nº 335-1 (AgRg) – Rel. min. Celso de mello – j. em 09-08-91 (JSTF-LEX, nº 190, p. 126)

⁸ O Mandado de Injunção, p. 24

em andamento. Entretanto, seria esta uma faculdade do órgão jurisdicional competente, que somente o faria quando entendesse importante para ter acesso a maiores subsídios para o julgamento. Assim, a intimação seria apenas para que o órgão moroso prestasse colaboração ao Poder Judiciário, não compondo de forma alguma, o pólo passivo no mandado de injunção com natureza condenatória.

Foi esse, o entendimento adotado pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª região⁹:

"Mandado de Injunção - Aposentadoria de Previdência Social - Impetração contra o Superintendente Regional do INSS - Revisão de benefício: arts. 201 e 202 da CF/88 - Falta de norma regulamentadora - Legitimidade passiva ad causam.

1. A autoridade contra a qual deve ser dirigido o mandado de injunção é aquela a quem compete ou competiria o deferimento da prerrogativa ou do direito assegurado pela Constituição, e não aquela à qual compete editar ou pôr em vigor a norma regulamentadora desse direito.

2. Caso em que o impetrante pretende seja compelido o Superintendente Regional do INSS a revisar seus proventos da aposentadoria de acordo com os artigos 201 e 202 da Constituição Federal/88, tendo em vista a falta da lei regulamentadora ali prevista.

3. Na conformidade das normas já existentes, compete às Superintendências Regionais do INSS conceder, manter e revisar os benefícios devidos aos segurados do Instituto e seus dependentes. Logo, é o Superintendente Regional, parte legítima para figurar no pólo passivo do mandado de injunção, que busca a revisão de aposentadoria previdenciária segundo os critérios estabelecidos no artigo 202 da Constituição.

4. Apelação provida. Sentença anulada, para que seja apreciado o mérito da impetração."

A maior parte da doutrina, partilham da concepção de que tanto o órgão, Poder ou autoridade morosos, como o obrigado a satisfação do direito devem compor o pólo passivo.

Portanto, o ente incumbido da regulamentação deve compor o pólo passivo da lide, sendo notificado a prestar informações, assim poderá informar se houve a regulamentação reclamada, e, caso haja regulamentação, se esta ocorreu antes ou depois da impetração do mandado de injunção, pois as conseqüência processuais poderão ser diversas: improcedência do pedido ou extinção do processo sem julgamento do mérito.

Mesmo que não tenha sido editada regulamentação, o ente moroso poderá oferecer elementos para a regulamentação provisória pelo Poder Judiciário, através de projetos de lei e estudos realizados.

⁹ TRF da 5ª Região – Rel. Juiz Orlando Rebouças - 1ª T. – j. em 17-5-91 (informativo ADV, nº 31, p. 482,1991, ementário nº 55.046)

Ademais, a pessoa pública ou privada responsável em satisfazer o direito inobservado deveria ingressar na relação processual, buscando a regulamentação mais favorável a seus interesses ou até mesmo apresentando argumentos e informações visando a improcedência ou extinção do processo sem julgamento de mérito, pois seria atingida pelos efeitos naturais da sentença.

Há ministros do STF que partilham desse entendimento.

O ministro Marco Aurélio, defende a inclusão da pessoa, particular ou pública, obrigada à satisfação do direito subjetivo do impetrante no pólo passivo do mandado de injunção. Ressalta o ministro que, como o mandado de injunção visa tornar eficaz um direito previsto na Constituição Federal, é importante que a pessoa contra a qual posteriormente deverá ser exigida a satisfação desse direito, componha a relação processual.

O ministro Carlos Velloso entende que o mandado de injunção possui caráter constitutivo, servindo para integrar o direito até então inócuo à ordem jurídica, interpreta que o mandado de injunção deve ser ajuizado também contra aquele que irá suportar os efeitos da sentença, já que a partir da mesma o direito, liberdade ou prerrogativa estarão aptos a serem usufruídos.

Nos casos de iniciativa legislativa reservada, conforme estabelece, por exemplo, o artigo 61, parágrafo 1º da Constituição Federal, o chefe do Poder Executivo, responsável exclusivo pela apresentação de projetos de lei referente a determinadas matérias, seria o ente moroso, devendo constar no pólo passivo do mandado de injunção, pois não é possível iniciar seu processo legislativo sem apresentação do projeto, portanto, a mora não é do órgão legislativo e sim do chefe do executivo.

Em relação a este entendimento podemos citar o julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹⁰.

“Mandado de Injunção - Ilegitimidade passiva "ad causam" - Impetração contra Assembléia Legislativa - Recomposição salarial de servidor público - Matéria de iniciativa do Governador do Estado.

No mandado de injunção em que se objetiva a regulamentação do artigo 34, ADCT, da Constituição Mineira, referente a recomposição salarial do servidor público, a Assembléia Estadual não pode ser parte ilegítima, a figurar no pólo passivo da relação processual, posto que a matéria é de

¹⁰ TJMG – Corte Superior; MI nº 37.979/2 – Minas Gerais – Rel. Des. Murillo Pereira – j. 08-03-95 – v.u. (Boletim AASP, nº 1970, p. 77-e)

iniciativa única e exclusiva do Governador do Estado, e a ele compete o desencadeamento do processo legislativo."

Cumpra lembrar ainda, em relação as questões processuais atinentes ao mandado de injunção, que a presença do Ministério Público é sempre necessária, atuando como fiscal da lei. Inclusive no STF, em todos os mandados de injunção, após informações dos entes, há parecer do Procurador-Geral da República. No Superior Tribunal de Justiça há a manifestação do Ministério Público nos mandados de injunção apreciados originariamente ou em grau de recurso.

5 DO MÉRITO

No Mandado Injunção, a análise do mérito dependerá dos seguintes fatos:

1. a existência de um direito, liberdade ou prerrogativa inerente à nacionalidade, cidadania ou soberania bem delineado, previsto em norma constitucional de eficácia complementável.
2. a presença do dever constitucional de regulamentar esta norma.
3. a falta de edição da regulamentação.
4. o transcurso do tempo estipulado ou razoável para a edição da regulamentação.

Ausente qualquer dos fatos constitutivos, o mandado de injunção deverá ser julgado improcedente ou conforme posição adotada na jurisprudência, o mandado de injunção deverá ser extinto sem julgamento do mérito.

O titular do direito, liberdade ou prerrogativa somente poderá valer-se do mandado de injunção caso a insatisfação do seu direito decorrer da ausência de regulamentação para ser exercido.

Caso o direito do impetrante não dependa de regulamentação, não poderá ser utilizado o mandado de injunção, outro meio processual deve ser utilizado. O STF vem entendendo faltar interesse de agir nestas situações.

Roberto Augusto Castelhanos Pfeiffer¹¹ entende que a análise da existência ou não de norma regulamentadora no mandado de injunção deve ser apreciada no mérito da ação e gera a improcedência do pedido.

Portanto, norma constitucional de eficácia plena, auto-aplicável não enseja a impetração do mandado de injunção.

O mesmo ocorre em relação às normas de eficácia restringível ou contida, é inadmissível a utilização do instituto do mandado de injunção, pois tais normas possuem aplicabilidade imediata e a inobservância de seus preceitos deve ser coibida por outros instrumentos.

O professor José Afonso da Silva¹² escreve que a função do mandado de injunção é fazer com que a norma constitucional seja aplicada em favor do impetrante, independentemente da regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada.

¹¹ Mandado de Injunção, p. 192

"O direito, a liberdade ou as prerrogativas estabelecidas em normas constitucionais regulamentadas, quando não satisfeitos, só podem ser reclamados por outro meio judicial (mandado de segurança, ação cautelar inominada, ação ordinária)."

Há normas constitucionais que embora mencionem em seu texto a necessidade de legislação complementar para conferir-lhe eficácia plena, estas normas possuem regulamentação provisória na própria Constituição e, sendo assim, possuem as condições necessárias para produzirem todos os efeitos, portanto, não cabe mandado de injunção em relação a estas normas.

Podemos citar o exemplo do artigo 7, inciso XIX da Constituição Federal que dispõe ser direito dos trabalhadores a "licença-paternidade nos termos fixados em lei". O artigo 10, parágrafo primeiro do ADCT determina, *in verbis*:

"Até que a lei venha a disciplinar o disposto no artigo 7, inciso XIX da Constituição, o prazo da licença paternidade a que se refere o inciso é de 5 dias"

Decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal¹³:

"Mandado de injunção. Impetração contra ato de demissão, objetivando a reintegração dos requerente. Inadequação do instrumento.

Direito social consagrado no artigo 7, inciso I da Constituição Federal, já provisoriamente regulamentado pelo artigo 10 do ADCT e que independe de nova norma regulamentar para viabilizar o seu exercício. Argumento não atacado pelo agravo. O agravo regimental não provido."

Também, pode acontecer que uma norma constitucional de eficácia aparentemente limitada, tenha plena capacidade de gerar efeitos, em virtude da existência de legislação anterior a promulgação da Constituição Federal, mas com ela compatível, vindo a integrar o ordenamento jurídico pelo fenômeno da recepção, permanecendo válida e em pleno vigor.

A posição majoritária da doutrina é no sentido de não caber mandado de injunção quando existe lei regulamentando a matéria, ainda que esta, não seja satisfatória no entender de impetrante.

José Carlos Barbosa Moreira salienta:

"Também não cabe mandado de injunção quando a norma regulamentadora, embora exista, seja considerada insatisfatória pelo interessado. Se ela existe, ainda que exista em termos que não lhe agradam, ele não pode recorrer ao mandado de injunção para obter uma solução que consulte melhor os seus próprios interesses."

Podemos citar ainda, o julgamento realizado no Superior Tribunal de Justiça¹⁴:

¹² Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 393-394

¹³ STF – AgRg n° MI 111-RJ – Rel. Min. Paulo Brossard – j. em 17-05-90 (RTJ, v. 133, p. 60)

"Mandado de injunção. Artigo 40, parágrafo 5º, da Constituição Federal. O plenário desta Corte, ao julgar os mandados de injunção números 211 e 262, decidiu, por maioria de votos, que:

Estabelecendo o § 5º do artigo 40 que a pensão corresponderá à totalidade dos vencimentos ou provimentos do servidor falecido, segue-se a impossibilidade de uma lei dispor a respeito de um limite que esteja abaixo da totalidade referida. A frase posta no citado parágrafo 5º do artigo 40 - até o limite da lei - deve ser entendida da seguinte forma: observado o limite posto em lei a respeito da remuneração dos servidores públicos, vale dizer, a Lei referida no inciso XI do artigo 37 da Constituição, Lei já existente, Lei nº 8112, de 11-12-90, artigos 215 e 42. Aplicabilidade às pensionistas de militares, " ex vi "do disposto no parágrafo 10 do artigo 42 da Constituição.

Mandado de Injunção não conhecido, dado que o exercício do direito não necessita, para ser viabilizado, de lei regulamentadora."

Em relação ao não transcurso de prazo necessário ou razoável para que o órgão competente editasse a regulamentação necessária para o exercício do direito constitucional, a jurisprudência entende falecer o autor de interesse para agir, levando a extinção do processo.

O Superior Tribunal de Justiça, assim decidiu¹⁵:

"Prorrogação da licença maternidade pretendida - Hipótese em que ainda não decorrido o prazo fixado para a elaboração de lei complementar e ilegitimidade do INPS para figurar no pólo passivo - Extinção do processo determinada - artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil."

Não enseja a impetração do mandado de injunção as normas que estabeleçam uma mera faculdade de legislar, devendo o mandado de injunção eventualmente impetrado ser julgado improcedente ou o requerente carecedor da ação.

Havendo mera faculdade do legislador, não há que se falar em direito subjetivo do impetrante.

Transcrevemos abaixo a posição do Supremo Tribunal de Justiça:¹⁶

"Direito Constitucional e Processual Civil. Mandado de Injunção. Servidores públicos: técnicos em radiologia. Conselho Nacional. Aposentadoria especial. Atividades penosas, insalubre e perigosas. Artigo 5º, inciso LXXI e 40, parágrafo 1º, da Constituição Federal. 1. O § 1º do artigo 40 da Constituição Federal apenas faculta ao legislador, mediante lei complementar, estabelecer exceções ao disposto no inciso III, a e c, ou seja, instituir novas espécies de aposentadoria no

¹⁴ MI nº 257-6-DF (AgRg) – Rel. Min. Moreira Alves – Tribunal Pleno – v.u. DJU 1º-7-94 (JSTF-LEX, nº 190, p. 122)

¹⁵ RSTJ e TRF-LEX, nº 5, p. 72

¹⁶ MI nº 425 – v.u. – Rel. Min. Sydney Sanches. Revista dos Tribunais, v. 725, p. 117, mar. de 1996.

caso de exercício de atividade consideradas penosas, insalubres e perigosas.

2. Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional já criado, e cujo exercício esteja dependendo de norma regulamentadora.

3. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, mesmo em tese, cujo exame deve preceder o de outras preliminares relativas à legitimidade passiva.

4. Descabimento do mandado de injunção, por falta de possibilidade jurídica do pedido, em face do disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual somente é de ser concedido mandado de injunção quando a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

5. Mandado de injunção não conhecido. Votação unânime."

Cabe mandado de injunção apenas em relação a direito, liberdade ou prerrogativa previstos no texto constitucional. Caso o mandado de injunção esteja fundamentado em norma infraconstitucional deverá ser julgado improcedente ou segundo posição do STF há carência de ação.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem, em algumas hipóteses, realizando o aproveitamento de mandados de injunção impetrados em casos em que, ou não foi deduzido direito com sede constitucional, ou trata-se de norma auto-aplicável, recebendo-os como um habeas-corpus ou como mandado de segurança, dependendo do conteúdo da matéria suscitada.

6 DA COISA JULGADA

Segundo Liebman, a autoridade da coisa julgada não pode ser entendida como mero efeito da sentença, mas sim, como uma qualidade da qual se revestirão seus efeitos.

A coisa julgada formal é a imutabilidade dos efeitos da sentença dentro do processo, por haverem sido esgotados os recursos cabíveis ou não terem sido interpostos no prazo oportuno.

A coisa julgada material é uma qualidade da qual se revestem somente as sentenças que apreciam o mérito da demanda, tornando-se imutável após o trânsito em julgado e sendo incabível nova propositura da mesma ação.

Somente o dispositivo da sentença é revestido da autoridade da coisa julgada, a fundamentação da sentença não é atingida pela coisa julgada.

O conteúdo do dispositivo dependerá da corrente que o julgador está filiado em relação ao mandado de injunção.

Assim, de acordo com o entendimento predominante no STF, o dispositivo do mandado de injunção será a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa.

Nas hipóteses em que o mandado de injunção fosse oponível contra o Estado, integrariam o dispositivo a determinação de suspensão de processos judiciais e/ou administrativos instaurados contra o impetrante.

Admitindo-se que o objetivo do mandado de injunção seja a regulamentação da norma constitucional para o caso concreto ou "erga omnes", o dispositivo será a regulamentação operada.

Em relação à corrente que defende a prolação de uma condenação determinando a satisfação do direito, liberdade ou prerrogativa obstados, o dispositivo abarcará a condenação à obrigação de satisfazer o direito do impetrante.

A imutabilidade da sentença vincula tão-somente aqueles que figuraram como partes (ou interessados) no processo, embora os efeitos naturais da sentença possam atingir terceiros.

É o que ocorre por exemplo na terceira corrente, os efeitos da decisão do mandado de injunção julgado procedente atingirá terceiros, já que o dispositivo será justamente a regulamentação do direito constitucional com validade "erga omnes".

Após a coisa julgada, havendo regulamentação posterior, algumas questões devem ser analisadas, de acordo com a corrente doutrinária filiada em relação ao mandado de injunção

Se adotada a concepção predominante no Supremo Tribunal de Federal, cuja sentença é meramente declaratória da mora inconstitucional, dando ciência ao órgão moroso, não há nenhuma dificuldade em relação a regulamentação posterior.

Na concepção condenatória também não existem problemas, pois a regulamentação operada integra o dispositivo da sentença e não sofre o efeito da imutabilidade, apenas a condenação determinando o cumprimento da regulamentação é afetado pela autoridade da coisa julgada.

Caso seja adotada a concepção de que no mandado de injunção deva ser editada regulamentação para o caso concreto ou "erga omnes", sobrevindo regulamentação legislativa, passa esta a sobrepor-se aos preceitos provisórios editados pelo Poder Judiciário, sem que signifique ofensa à coisa julgada, pois a decisão do mandado de injunção limitar-se-á a regular de modo provisório a norma constitucional inobservada.

Não é este porém, o entendimento do professor Roque Carrazza¹⁷.

No entender do mestre nos casos em que houver trânsito em julgado da decisão, a regulamentação torna-se imutável, não podendo ser desconstituída pela norma regulamentadora superveniente, ressaltando que "tendo em mira a estabilidade das relações sociais, o próprio Texto Magno, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, proclama que a coisa julgada não pode ser atingida pela lei."

¹⁷ Curso de Direito Constitucional tributário, p. 226

7 CONCLUSÃO

Nossa Constituição Federal de 1988, de cunho eminentemente social, caracteriza-se por ser uma Carta aberta, onde nem todas as disposições constitucionais possuem eficácia plena, por isso é tarefa essencial dar efetividade às normas constitucionais, estimulando sua aplicabilidade.

Neste contexto, o constituinte introduziu, sabiamente, no texto constitucional, mecanismos jurídicos voltados ao controle da inconstitucionalidade por omissão. São eles: a criação do Mandado de Injunção, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e consagrou o princípio constitucional da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais – artigo 5º, §1º da Constituição Federal.

O Mandado de Injunção é um instituto de tutela do direito subjetivo, previsto no texto constitucional de 1988 de forma inédita (artigo 5º, LXXI) e está condicionado a dois requisitos: a falta de norma regulamentadora e a inviabilidade do exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A “falta de norma regulamentadora” expressa no artigo 5º LXXI pode ser entendida como omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional.

Cabe Mandado de Injunção quando a ausência de norma reguladora impeça ao titular do direito constitucional subjetivo o exercício do seu direito. Cabe ainda, quando há omissão legislativa parcial, pelo atendimento defeituoso do dever constitucional de legislar ou em decorrência de discriminação ao princípio da isonomia.

A finalidade do mandado de Injunção é viabilizar, no caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontrar obstado por falta de norma, impedindo o esvaziamento dos direitos fundamentais.

Cabe ao Poder legislativo a elaboração de normas jurídicas gerais e abstratas e ao Poder Judiciário frente a lacuna no ordenamento jurídico preenche-la utilizando-se de normas implícitas no ordenamento jurídico e nas demais fontes do direito.

Assim, cabe ao Poder Judiciário através do Mandado de Injunção preencher a lacuna no ordenamento e ao Legislativo eliminar a lacuna, regulamentando direitos constitucionais.

A jurisprudência através de suas decisões, algumas mencionadas no presente trabalho, tem demonstrado que o Mandado de Injunção é um grande instrumento para dar efetividade e eficácia aos direitos assegurados de forma ampla no texto constitucional, em especial aos direitos de cunho coletivo e difuso, sendo responsável por uma justiça distributiva para a constituição de uma sociedade de bem-estar, que possui como parâmetro direitos e garantias fundamentais.

8 - BIBLIOGRAFIA

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Revista de Processo, v. 14, n° 56, p. 110-121, out./dez. 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo. Editora Saraiva, 1989.

BERMUDES, Sérgio. **O mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 642, p.21-25, abril 1989.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *Fiscalização abstrata da constitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo, Ed. Saraiva, 2000.

_____. **Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2ª ed. ver. .amp. São Paulo. Celso Bastos Editor, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999.
NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Mandado de injunção**. São Paulo: Editora Atlas S/A, 1999.

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Proteção judicial contra omissões legislativas. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1978.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1995.

_____. **Mandado de injunção e habeas data.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
SILVA PACHECO, José da. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SOUZA QUEIROZ, Luiz Cesar de. **Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão.** Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – IBDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 210 – 211, abril/junho, 1998.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros Editores, 1994.