

Mandado de injunção coletivo – Aspectos Processuais

Márcio Mauro Dias Lopes¹

Resumo

O presente artigo tem o objetivo de demonstrar a importância do mandado de injunção, como remédio constitucional posto à disposição do titular de qualquer dos direitos, liberdades ou prerrogativas obstadas por ausência de norma regulamentadora exigida pela constituição. Sua finalidade principal consiste em conferir a imediata aplicação da norma constitucional nas hipóteses de omissão dos órgãos competentes para elaborar e editar tais normas. Como método da pesquisa foram adotados estudos doutrinários, bem como analisados diversos julgados da Suprema Corte para compreender a legitimação ordinária e extraordinária e o alcance da coisa julgada. Ao final, pôde-se concluir que: a) a Carta Magna conferiu ao Poder Judiciário a possibilidade de criar o direito para agasalhar um fato, sob novo enfoque, ultrapassando a simples aplicação da lei ao caso concreto; b) que o pressuposto para a impetração da ação mandamental é a falta de norma regulamentadora que possibilite o exercício de um direito obstado por omissão do legislativo; c) qualquer direito, liberdade ou prerrogativa, é apto, a servir de embasamento jurídico para a impetração do mandado de injunção; d) que o mandado de injunção é o remédio adequado para tutelar direitos individuais e coletivos; e) que o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se confundem, tendo em vista que os objetivos são distintos.

Palavras-chave: Mandado de Injunção. Legitimação. Objeto e Coisa Julgada.

Abstract

¹ Mestre e Doutorando em Direito das Relações Sociais PUC-SP. Advogado e Professor do Curso de Especialização em Direito Ambiental, PUC-COGAE-SP, Especialista em Direito Empresarial Mackenzie-SP, Direito da Economia e da Empresa FGV-SP, Gestão Ambiental FSP-USP, Auditoria e Perícia Ambiental IPT-SP, Autor do Livro: Gerenciamento Ambiental como Instrumento Preventivo de Defesa do Meio Ambiente, São Paulo, Mageart, 2009.
e-mail: marcio@diaslopes.adv.br

This paper aims to demonstrate the importance of the writ of injunction, as constitutional remedy available to the proprietor of rights, liberties or prerogatives, hindered by the absence of a regulatory norm required by the constitution. Its main purpose lies in conferring the immediate application of constitutional norm in the assumptions of omission of the competent organs to prepare and edit such standards. As research method were adopted doctrinal studies and analysed several judged the Supreme Court to understand the ordinary and extraordinary legitimization and reach of the res judicata. At the end, the result shows that harvested: a) the Constitution has given the judiciary the possibility to create the right dress warmly for a fact, under new approach, surpassing the simple application of the law to the case; b) the presupposition that the petition for writ of action is the lack of a regulatory norm which allows the exercise of a impeded right by omission of legislative; c) any right, privilege or freedom, is apt to serve as legal basis for the impetration of the injunction; d) that the injunction is the appropriate remedy to tutelar individual and collective rights; e) that the injunction and direct action of unconstitutionality by omission not confused, having in mind that the objectives are distinct.

Keywords: Writ of Injunction. Legitimation. Object and res judicata.

1. Introdução. 2. Conceito. 3. Origem do instituto. 4. Natureza Jurídica. 5. Cabimento e hipóteses de não cabimento do mandado de injunção. 5.1. Mandado de Injunção coletivo. 6. Legitimidade ativa e passiva. 7. Competência. 8. Distinção entre mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 9. Alcance da coisa julgada no mandado de injunção. 10. Conclusão. 11. Bibliografia.

1. Introdução

O presente artigo versa sobre o tema mandado de injunção coletivo. Legitimação, objeto e alcance da coisa julgada. Uma análise comparativa com institutos constitucionais e do processo coletivo, cuja finalidade é o exame dos Direitos difusos e coletivos voltado para a análise das principais questões que envolvem esse importante e novo ramo do Direito.

Para facilitar a compreensão do tema foram estabelecidos critérios de análise do instituto com base na doutrina e jurisprudência, a partir de focos de análise específicos, tais como conceito, origem do instituto e sua natureza Jurídica, cabimento e as hipóteses de não cabimento do mandado de injunção, e sobre o cabimento do mandado de injunção coletivo, sua legitimação ordinária e extraordinária, sua competência, distinção entre o instituto em estudo e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para finalmente analisar o alcance da coisa julgada.

Inicialmente cumpre salientar que o mandado de injunção, que está previsto no inciso LXXI do artigo 5º. da Constituição Federal de 1988, é uma ação constitucional que pode ser usada por titular de direito, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, individual ou coletivamente, com a finalidade precípua de dar ciência ao Poder competente para elaborar e editar a norma, sobre a ausência de norma regulamentadora que torne viável o exercício dos direitos citados.

O instituto em análise traz semelhança com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, distinguindo-se desta, essencialmente por ser usado em um caso concreto, enquanto que esta é uma das formas de controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF), que pode ser proposta por quaisquer das partes legitimadas no artigo 103 da Constituição Federal, quando entenderem que uma lei ou um ato normativo federal ou estadual, seja incompatível com a Constituição. Melhor explicando, há uma Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) quando os legitimados alegam que a lei ou ato normativo federal é compatível com a Constituição, e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) por omissão, quando se verifica a ausência de norma regulamentadora prevista na Constituição. Outros institutos guardam alguma semelhança que é a chamada arguição de descumprimento de preceito fundamental

(ADPF), quando há violação de preceito fundamental, inclusive de lei municipal e lei anterior à entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

Adiante, será dissertado sobre o instituo ‘mandado de injunção’ focando nos contornos previamente estabelecidos.

2. Conceito

Nota-se que sempre há uma dificuldade em conceituar algo porque pode-se incidir na incompletude que engloba a essência daquilo do que está sendo conceituado objetivamente, especialmente quando se trata de um instituto novo, ainda mais se tratando daquilo que não encontra-se no direito alienígena. O inovador Mandado de Injunção, trazido pela Constituição Federal de 1988, mesmo com dificuldades epistemológicas tenta-se, com base na doutrina pesquisada, identificar suas principais características comparando-o com outros institutos que, no seu bojo, tragam alguma semelhança no direito pátrio e no direito alienígena, para então avaliar qual seria a melhor definição para o instituto. O texto constitucional onde o instituto está inserido expressa que:

Art. 5º *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. Consoante o escólio de Gilmar Ferreira Mendes (MENDES: 1999, p. 302)

Iniciando a análise da doutrina, tem-se que Marcelo Catone preleciona de forma concisa que “*o mandado de injunção é uma ação especial que visa à tutela de direitos constitucionais, cujo exercício está inviabilizado por falta de norma regulamentadora*” (OLIVEIRA: 2001, p. 277). Por outro lado, Marcelo Figueiredo conceitua o instituto de duas formas, sendo:

“ação constitucional posta à disposição de qualquer pessoa física ou jurídica, apta à tutela de direito individual, coletivo e difuso, toda vez que houver falta de regulamentação de direito infraconstitucional, que obstaculize a sua fruição”... “ação constitucional apta à tutela dos direitos constitucionais individuais, coletivos e difusos, não fruíveis, por seus titulares, em razão direta de falta de regulamentação”. (FIGUEIREDO, 1991, p. 36).

Já o jurista Willis Santiago Guerra Filho entende que o instituto só pode ser compreendido no âmbito da jurisdição constitucional subjetiva ao afirmar que “trata-se, a nosso ver, de ação para tutela de situação jurídica subjetiva decorrente de normas consagradoras de direitos fundamentais, cujo exercício encontra-se inviabilizado por omissão inconstitucional de poderes públicos ou de terceiros (Guerra Filho, 2001). Tal posição é compartilhada pelo constitucionalista Celso Ribeiro Bastos que expressa que a essência do instituto é dar garantia ao impetrante e assegurar que o exercício do seu direito, liberdades ou prerrogativas, contemplados na Constituição, sejam assegurados pelo Poder Público competente, consistente na elaboração e edição de norma regulamentadora que torne possível a satisfação de sua pretensão (Bastos, 2004).

Pela análise dos conceitos perfilados pela doutrina, ficou patente o entendimento de que se trata de um instrumento especial, inovador, de caráter constitucional, que tem por objetivo assegurar os direitos fundamentais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, no seio de uma jurisdição constitucional subjetiva, e que o exercício desses direitos estaria sendo obstado por ausência de norma infraconstitucional que pode ocorrer na esfera nacional, estadual ou municipal. Neste ponto, abre-se um parêntese para explicar o entendimento sobre as prerrogativas decorrentes do instituto em comento, iniciando-se pela nacionalidade – a qual pressupõe que a pessoa tenha determinados direitos frente ao Estado, tais como o direito de residir e trabalhar no território do Estado; de votar e ser votado, este direito também reconhecido como cidadania, o direito de não ser expulso ou extraditado, direito à proteção do Estado, inclusive a proteção diplomática e a assistência consular, quando o nacional se encontra no exterior, dentre outros. Não só direitos, mas o cidadão tem também deveres para com o Estado, destacando-se os deveres para com o serviço militar, o que é obrigatório em diversos países. Soberania – a qual se manifesta, principalmente, pela constituição de um sistema de normas jurídicas capazes de estabelecerem as pautas fundamentais do comportamento humano, e finalmente a cidadania – que é o conjunto de direitos e deveres ao qual um indivíduo está sujeito em relação à sociedade em que vive. O conceito de cidadania sempre esteve fortemente ‘ligado’ à noção de direitos, especialmente direitos políticos, que permitem ao indivíduo intervir na direção dos negócios públicos do Estado, participando na formação do

governo de forma direta por intermédio do voto e indiretamente concorrendo a um cargo público.

Voltando à análise dos objetivos do instituto, tem-se que este visa tutelar os direitos e liberdades fundamentais do indivíduo fazendo valer a vontade da constituição, ou como chamam os alemães, “*a verfassungskonforme Auslegung*”, que em outras palavras, significa que se trata de uma interpretação especificamente constitucional.

3. Origem do Instituto

A expressão ‘mandado de injunção’ leva ao entendimento de que trata-se de uma ordem formal, uma imposição ou obrigatoriedade que designa algo que se deve fazer ou ordem que se deve cumprir. Sendo assim, para os objetivos do presente artigo, buscou-se doutrina que pudesse aclarar o entendimento sobre as origens do instituto em análise.

Para Marcelo Figueiredo, o *mando de injunção* se originou no Direito Inglês, passando a seguir ao Direito Americano. Para o autor a etimologia advém de ‘*injunction*’ que, segundo *The Constitution Law Dictionary* significa: “*uma ordem proibindo a parte de agir de um determinado modo, ou requerendo uma ação específica de outra parte*”. Para o autor, a ‘*injunction*’ no direito alienígena ‘*permite ao tribunal coarctar lesões a uma pessoa ou grupo de pessoas, até que o problema possa de outra forma ser resolvido, ou ainda a injunção pode evitar lesões definitivamente*’. (Figueiredo, 1991, p. 29).

Já o jurista José Afonso da Silva, expressa que

...a fonte mais próxima do mandado de injunção é o *Writ of Injunction* do direito americano, onde cada vez mais tem aplicação na proteção de direitos da pessoa humana para impedir as violações da liberdade de associação e da palavra; de liberdade religiosa e contra denegação de igual oportunidade de educação por razões puramente raciais... (SILVA, 1991, p. 386).

O jurista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, não concorda com essa posição e pondera que o *Writ of injunction* do direito americano é uma medida judicial que impõe um não fazer, não podendo, portanto, ser encarado como inspiração para o nosso mandado de injunção, cujo objetivo é o exercício de um direito, superando-se a falta de norma

regulamentadora. Para o autor, não se pode encontrar no direito comparado, a fonte de inspiração do nosso mandado de injunção, embora possam ser encontrados medidas com o mesmo nome (Ferreira Filho, 2012).

Já o jurista Willis Santiago Guerra Filho, embora entenda que não há no direito alienígena instituto com as mesmas características, vê alguma semelhança no direito alemão, onde há um instituto denominado “*verfassungsbeschwerde*”, que possibilita que seja feita uma reclamação ou queixa constitucional prevista no ordenamento jurídico alemão como meio impugnativo, acessível a todos, que ensejaria ação ou omissão de órgão público, ferindo direito fundamental – é o que mais se aproxima para a compreensão do mandado de injunção previsto em nossa ordem constitucional (Guerra Filho, 2001).

Nesse sentido, partilha-se do entendimento de Manoel Afonso da Silva, já que pelo estudo ficou patente que se pode até admitir alguma semelhança em alguns institutos no direito alienígena, mas o instituto trazido pela Carta Constitucional em 1988, cujo objetivo é o exercício de um direito obstado pela ausência de norma regulamentadora, o que é inovador e não há, salvo melhor juízo, no direito comparado, uma fonte de inspiração para o nosso mandado de injunção.

4. Natureza Jurídica

Entende-se tratar de uma ação de índole constitucional e que como toda a ação tem a sua carga declaratória. Ao observar a doutrina, nota-se que o Ministro Moreira Alves, preleciona-a como uma ação mandamental (apud de Celso Ribeiro Bastos, 1999, p. 243). Para ele, a tutela mandamental caracteriza-se pela ordem emanada do juiz e constante do mandado no sentido de que se faça alguma coisa, sob pena de cominação legal. Já o Professor João Batista Lopes, citando Pontes de Miranda, faz uma distinção, entre as ações mandamentais das executivas lato sensu, prelecionando que há diferença ontológica entre as expressões: ‘mandamental’ e ‘executiva’. Para o autor na primeira a tutela se exaure na ordem ou mandado cujo cumprimento depende apenas da vontade do réu e, na segunda, exige a prática de atos coativos por auxiliares da justiça por carregar consigo uma cominação legal. Na tutela mandamental, o descumprimento sujeita o réu às sanções legais, tais como: multa, desobediência, etc., enquanto na executiva impõe sequência de atos até se alcançar a satisfação plena do exequente. Nelson Nery Junior,

ao transcrever ementa de acórdão, fez constar que: “...há ação mandamental e não simplesmente declaratória por omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada...” (Nery Junior, 2009, p. 244).

Nota-se que talvez, por se tratar de um instituto novo na ordem jurídica, o legislador não delimitou com precisão os contornos de seu objeto e nem indicou quais providências que caberia ao órgão jurisdicional em caso de inobservância do mandamento sentencial – abstenção de atividade normativa regulamentadora – que fosse capaz de inviabilizar os direitos fundamentais subjetivos consagrados na Constituição em determinado caso concreto. (OLIVEIRA, 2001), entende que embora se reconheça parcialmente os efeitos mandamentais da decisão, diz que é preciso observar os efeitos da ação de mandado de injunção que tem o caráter mandamental/constitutivo. Para o autor, os efeitos da decisão concessiva do mandado de injunção são, em princípio, constitutivos, já que o que se objetiva por intermédio do uso dessa garantia constitucional processual especial, é a aplicação da própria norma constitucional que traz em seu bojo a definição de um direito constitucional, regulamentando-a para um caso concreto. Melhor explicando, a regulamentação do exercício de um direito constitucional, em face de um fato jurídico concreto. Ressalta o autor que a decisão concessiva não poderá somente regular para o caso concreto a norma constitucional, ela deverá, principalmente, ordenar ao impetrado que se submeta à normativa estabelecida, a fim de que seja garantido o exercício do direito, liberdades ou prerrogativas (nacionalidade, cidadania e soberania) constitucionais do impetrante. Exsurgindo daí os efeitos mandamentais.

No mesmo sentido o Ministro do STF, Gilmar Mendes sustenta que “tanto quanto a decisão a ser proferida no processo de controle abstrato da omissão, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade da omissão no mandado de injunção, tem caráter obrigatório ou mandamental”. Pelo que se verifica, o mandado de injunção no entendimento de Barbosa Moreira e Gilmar Mendes teria simplesmente caráter mandamental já que a modificabilidade da situação subjetiva do impetrante é algo que somente poderá ocorrer ou não no futuro – dependendo do atendimento ou não do comando sentencial, inexistindo assim qualquer sanção em caso de inobservância da decisão judicial. Há que se considerar também que o Poder Judiciário não pode impor ao Poder Legislativo a obrigatoriedade da edição de uma norma regulamentadora, sob

pena de violar o princípio de separação das funções do poder. (Mendes, 1999). Nesse sentido, ao indivíduo que teve obstado o exercício de algum direito, liberdade ou prerrogativa assegurado na Constituição não restaria outra alternativa senão esperar a edição de uma norma e ficaria com sua situação subjetiva indefinida e frustrado com a resposta na prestação jurisdicional. Nota-se que não foi esta a intenção do legislador, uma vez que já havia no âmbito da jurisdição objetiva, outro instituto, denominado ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tornando evidente o caráter mandamental e constitutivo do mandado de injunção, uma vez que o Poder Judiciário, ao julgar deverá conceder o pedido declarando o direito, determinando um fazer ou não fazer, solucionando a demanda que lhe foi proposta, bem como determinar a ciência ao órgão competente e encarregado de editar a norma regulamentadora determinando que proceda a atividade normativa dentro de determinado prazo, sob pena de alguma espécie de sanção. Nota-se que não foi essa a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, que não logrou êxito em estabelecer uma distinção entre o mandado de injunção da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, é o que se extrai de simples leitura da ementa do MI – 1073 –DF – rel. Min. Moreira Alves, DJU 21.09.90, segundo a qual caberia ao Poder judiciário fazer a comunicação sobre a mora do Poder competente, o qual deveria ter editado a norma regulamentadora sem qualquer sanção ou estabelecimento de prazo para a edição, ressalvando-se somente que, quando se tratar de órgão administrativo, o prazo será de trinta dias para acatar o mandado judicial.

Nota-se pela leitura de julgados recentes que o STF vem avançando no sentido da interpretação constitucional, já que é inegável o caráter constitutivo do mandado de injunção, uma vez que a decisão deve modificar a situação subjetiva do indivíduo sustando os efeitos danosos do ato omissivo em relação ao impetrante.

5. Cabimento e hipóteses de não cabimento do mandado de injunção

Nos termos do dispositivo constitucional insculpido no inciso LXXI, do artigo 5º. da Constituição Federal, temos que o mandado de injunção sempre será cabível quando se verificar a ausência de norma que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Em outras palavras, o mandado de injunção, poderá ser utilizado sempre que houver injustificada omissão por parte do Poder Público com relação a edição de normas regulamentadoras que possibilitem efetividade às normas constitucionais não auto-executáveis, ou de eficácia limitada, uma vez que estas normas, como expressa o dispositivo constitucional, dependem de regulamentação por norma infraconstitucional, para que os efeitos contidos na norma constitucional sejam produzidos plenamente. É importante ressaltar que por norma regulamentadora não deve ser entendido apenas as normas legais, mas também as demais normas regulamentadores (também dos diplomas infraconstitucionais, para conferir-lhes efetividade) que deveriam ter sido elaboradas e editadas pelos órgãos e pessoas jurídicas pertencentes aos Três Poderes, inclusive da administração indireta. Nota-se ainda, que não é a ausência de qualquer norma regulamentadora que permita a utilização da ação mandamental, mas somente a ausência de norma que torne inviável o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, assegurados pela Constituição Federal (Dantas, 2012).

Para os objetivos deste estudo, embora possa parecer lacônico, serão analisadas também, as hipóteses de não cabimento do mandado de injunção. Por analogia ao dispositivo constitucional pode-se, com certa simplicidade, externar que a primeira hipótese de não cabimento do mandado de injunção seria quando estiver diante de normas constitucionais autoexecutáveis, uma vez que estas já estão aptas a produzirem os efeitos almejados pelo legislador constituinte. A segunda hipótese a ser analisada é a de que não se pode utilizar a ação mandamental com objetivo de alterar lei ou ato normativo que já encontra-se inserido no nosso ordenamento jurídico, mesmo sob o fundamento de que este último (ato normativo) seria incompatível com o dispositivo constitucional. A terceira hipótese seria a pretensão pela utilização do remédio constitucional mandamental para que seja dada interpretação específica para norma infraconstitucional já inserida no ordenamento jurídico, ou ainda para se exigir uma aplicação específica à lei editada. Por último, não seria cabível ação mandamental quando já tiver sido enviado ao Legislativo, projeto de lei que cubra o objeto do mandado de injunção, uma vez que, em tese, não poderia mais ser imputada omissão ao órgão competente para editar a norma (Dantas, 2012).

Nota-se que a segunda hipótese apontada pelo autor supra citado, também é perfilada pelo julgado: *RISTJ34XVIII*), (STJ, Corte Especial, MI 195-DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, decisão monocrática do Presidente, Min. Edson Vidigal, 10.1.2006), cuja ementa da decisão é a seguinte: *Mandado de Injunção. Modificação de Lei apontada como inconstitucional. Inadmissibilidade. A Lei 9434, de 4.2.1997 dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e encontra-se regulada pelo decreto 2268, de 30.06.1997. Incabível o exercício do MI para alterar lei ou ato normativo já existente, ainda que sob alegação de que incompatível com a CF. ...*(*RISTJ34XVIII*), (STJ, Corte Especial, MI 195-DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, decisão monocrática do Presidente, Min. Edson Vidigal, 10.1.2006).

No tocante a quarta e última hipótese alinhada pelo autor supra citado, entende-se que a mesma deve ser analisada sob o ponto de vista da iminência do perecimento do direito subjetivo do impetrante, uma vez que, na maioria das vezes, se o seu direito obstado pela ausência de norma regulamentadora não foi acatado pelo Poder Judiciário, poderá perecer a espera da morosa tramitação do projeto de lei pelo Legislativo. Nenhuma irregularidade poderá ser apontada com o processamento do mandado de injunção, uma vez que os interesses subjetivos discutidos nos autos terão efeitos aos limites do processo, assim, ao ser estatuída a lei, salvo melhor juízo, os efeitos desta não poderão retroagir para atingir uma decisão judicial em favor do impetrante.

Outra hipótese que poderá ser considerada é a apontada no julgado proferido pelo STF no sentido de ser julgado prejudicado o mandado de injunção, se no decorrer do seu processamento for editada lei que torne viável o exercício do direito antes obstado. É o que expressa a ementa do julgado transcrito por (Nery Junior, 2009, pg. 244): *Mandado de Injunção. Interesse processual. Julga-se prejudicado o MI, por falta superveniente de interesse processual, se, após o ajuizamento, veio a ser editada a norma regulamentadora indispensável ao exercício do direito previsto na CF, e objeto da inicial* (JSTF 186/229).

5.1. Mandado de Injunção Coletivo

A análise do cabimento do mandado de injunção coletivo decorre da sistematização da própria Constituição Federal, já que o remédio constitucional está previsto no Título II: Direitos e Garantias Fundamentais, onde em seu Capítulo I, denominado: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”.

O Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de impetração de mandado de injunção coletivo, mesmo que não tenha sido expressamente previsto na letra da norma constitucional, mas o admite com base no § 2º. do artigo 5º. da Carta Magna, que expressa que:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Assim, é cabível, por exemplo a impetração de mandado de injunção coletivo com o objetivo de que seja criada norma jurídica regulamentadora do direito de seus associados pelo Juiz, desde que atendidos os pressupostos contidos no art. 5º., LXXI. Nesse sentido, Nery Junior (2009, p. 244) transcreve em sua obra um precedente proferido pela Corte Suprema, por intermédio do julgamento do MI 472-2, e fez contar que: **Mandado de Injunção. Organismos sindicais e entidades de classe.** O STF firmou-se no sentido de admitir a utilização...(STF,MI 472-2, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.11.1994, DJU 22.11.1994, p. 31867).

Sendo o mandado de injunção coletivo destinado à tutela de direitos coletivos em sentido lato, é o que se depreende da leitura do artigo 21 da Lei Federal número 12.016/2009, que Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências, aplicável ao mandado de injunção individual ou coletivo, no que for cabível. Nota-se que o inciso XXI do artigo 5º. da CF/88, expressa que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

6. Legitimidade Ativa e Passiva

O legitimado ativo para a propositura do mandado de injunção individual poderá ser qualquer pessoa, natural ou jurídica, nacional ou estrangeira, que esteja impedida de exercer os seus direitos e as liberdades constitucionais, bem como as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, em razão da omissão do Poder Público consistente na não edição de normas regulamentadoras que confirmem efetividade às normas constitucionais de eficácia limitada (Dantas, 2012).

Nesse sentido, conforme Nery Junior (2009, p. 244) o STF-Pleno, em julgamento do Agravo Regimental no MI 595-MA entendeu que: *“Mandado de Injunção. Legitimidade ativa. Somente tem legitimidade ativa para a ação o titular do direito ou liberdade constitucional, ou de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania cujo exercício esteja obstaculizado pela ausência da norma infraconstitucional regulamentadora (STF Pleno, AgRgMI 595-MA, Rel Min. Carlos Veloso, j. 17.3.1999, v.u. DJU 24.3.1999”*.

Já o legitimado ativo para propositura do mandado de injunção coletivo, aplicando-se por analogia, os ditames da norma constitucional contida no inciso LXX do artigo 5º, da CF/88 e a Lei Federal 12.016/2009 relativos ao disciplinamento do mandado de segurança são os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, organizações sindicais, entidades de classe e associações legalmente constituídas, em que esteja em funcionamento há, pelo menos, um ano.

Para o mandado de injunção individual, a legitimidade ativa será sempre ordinária, ou seja, uma pessoa atua em nome próprio e buscando a prestação jurisdicional para o seu próprio interesse. Já para o mandado de injunção coletivo a legitimidade será extraordinária, o que significa que os legitimados atuam em nome próprio, mas defendendo os interesses transindividuais de terceiros, ou seja, coletivo em sentido lato.

Para compreender a legitimidade passiva, basta compreender que o objetivo do remédio constitucional é suprir omissão do Poder Público em relação à edição de normas regulamentadoras que tornem efetiva as normas constitucionais de eficácia limitada. Assim, o polo passivo somente poderá ser formado por entes estatais que tinham o

dever de elaborar e editar as normas que possam tornar possível o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais.

Ressalta-se que há precedentes na Suprema Corte no sentido de que a *“União não tem legitimidade para figurar no polo passivo do mandado de injunção. A omissão no dever de legislar deve ser imputada ao órgão público inerte, e não à pessoa jurídica de direito público a que pertence. Assim, a legitimidade ad causam, no mandado de injunção, será do Congresso Nacional e não da União. (STF, Pleno, Agravo Regimental em Mandado de Injunção no. 284/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJU 26.06.1992, p. 10.103)”*. Assim como, a mesma corte decidiu que no caso específico de lei de competência exclusiva do Presidente da República, o sujeito passivo do mandado de injunção será o responsável pelo Executivo e não o Poder Legislativo. (Nery Junior, 2009, p. 244).

7. Competência

A competência para o mandado de injunção é fixada tendo em vista o órgão ou autoridade que deveria ter elaborado a norma regulamentadora e se omitiu. O artigo 102, inciso I, alínea *q* da Carta Magna expressa que será competente para processar e julgar o mandado de injunção o Supremo Tribunal Federal, quando estiver no polo passivo o Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de quaisquer das Mesas dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, dos Tribunais Superiores ou do Supremo Tribunal Federal.

Já o artigo 105, inciso I, alínea *h*, da Carta Constitucional expressa que será competente para processar e julgar o mandado de injunção o Superior Tribunal de Justiça, quando estiver no polo passivo entidade ou autoridade federal da administração direta ou indireta, excetuando os casos que são de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

Ressalta-se ainda que quando a omissão injustificável for do Poder Público estadual em editar normas regulamentadoras que se destinem a atribuir efetividade às normas não autoexecutáveis contidas na Constituição estadual, tais critérios poderão ser instituídos

pelos Estados membros por intermédio de regras que estabeleçam competências no âmbito da Justiça Estadual. (Dantas, 2012).

8. Distinção entre mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A análise da distinção entre os dois institutos inicia-se pela forma com que estão inseridos na Constituição. O mandado de injunção está contido no inciso LXXI do artigo 5º. no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, encontra-se inserida no Título IV, que trata da Organização dos Poderes, mais especificamente no capítulo concernente ao Poder Judiciário, Capítulo III, no artigo 103, § 2º.

Os dois institutos tem por objeto a supressão de omissões relativas a normas constitucionais não autoexecutáveis, mas após uma simples análise nota-se que o objeto do mandado de injunção é mais restrito que o da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Depreende-se da simples leitura do inciso LXXI, do artigo 5º. da CF/88 que o mandado de injunção somente será cabível quando houver falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, será cabível para suprir qualquer tipo de omissão, desde que a omissão seja relativa à edição de regras infraconstitucionais que tragam aplicabilidade a normas constitucionais não autoexecutáveis, ou seja, normas de eficácia limitada, que dependam de regulamentação infraconstitucional.

Outro ponto que merece destaque para que seja compreendida a distinção entre os institutos, é o fato de que o mandado de injunção poderá ser impetrado por qualquer pessoa, natural ou jurídica, que tenha obstado o seu direito, liberdades constitucionais, e também as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Já a ação direta de inconstitucionalidade, ao seu turno, só poderá ser impetrada pelas pessoas indicadas no artigo 103, *caput*, da Constituição Federal. Resumindo, o mandado de

injunção é uma ação constitucional que agasalha direitos, liberdades e prerrogativas individual ou coletiva, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação constitucional que visa a garantia da constituição.

9. Alcance da Coisa Julgada no Mandado de Injunção

Cumpra analisar quais são os limites da coisa julgada, ou seja, se a sentença transitada em julgado no mandado de injunção produz efeitos *erga omnes* ou *inter parte*. Há duas correntes que, em posição antagônica se subdividem e cuidam dos efeitos atribuídos à concessão da injunção, quais sejam: posição ‘concretista’ que se subdivide em ‘concretista geral’ e ‘concretista individual’. Para a primeira, depreende-se que a Suprema Corte legisla no caso concreto, atribuindo efeitos *erga omnes* até que o Legislativo supra a sua omissão, editando a norma regulamentadora para tornar efetivo o direito pleiteado. Já na posição concretista individual – os efeitos da sentença ficarão restritos ao interesse subjetivo, ou seja, o efeito será *inter parte*. (Dantas, 2012).

É patente na doutrina pesquisada que os efeitos de uma sentença proferida no mandado de injunção não deve ultrapassar os limites subjetivos das partes envolvidas no processo, isto porque a própria característica da ação é típica de jurisdição constitucional subjetiva, na qual se busca a efetividade de um determinado fato jurídico e os seus efeitos, os quais por força do artigo 468 do Código de Processo Civil, devem cingir-se às partes do processo.

Por último para José Afonso da Silva, a eficácia da sentença produz efeitos apenas para o impetrante, é o que depreende de suas lições:

“O mandado de injunção tem, portanto, 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. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional.. Não é função do mandado de injunção pedir a expedição de norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º.). É equivocada, portanto, *data vênia*, a tese daqueles que acham que o julgamento do mandado de injunção visa a expedição da norma regulamentadora do dispositivo constitucional depende

de regulamentação, dando a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão”. (SILVA, 1991, p. 388).

Cumprе ressaltar que há artigos diversos, mas não relevantes, sustentando a posição de que a sentença no mandado de injunção coletivo produz efeitos *erga omnes*, ou seja, o exercício do direito é aproveitado por todos até que a norma regulamentadora seja editada pelo Poder estatal competente. Sobre esta questão, Ada Pelegrini Grinover sustenta que os efeitos da sentença são estendidos aos integrantes do grupo perfeitamente identificáveis, eis que os co-titulares são representados, ou substituídos pelo ente legitimado à ação, o que denota que os efeitos podem ser interpretados como *erga omnes*, mas, em tese, não ultrapassa os interesses subjetivos de um grupo perfeitamente identificável. (Grinover, 1986).

Finalmente, nota-se (pela leitura de julgados) que o mandado de injunção, quando de sua inserção no sistema normativo, o Supremo Tribunal Federal, vinha adotando o posicionamento não concretista. Mas, tendo em vista a inércia do Legislativo em elaborar e editar leis reguladoras de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, a Suprema Corte mudou seu posicionamento, passando a adotar a posição ‘concretista’, que, como o próprio nome explica, os efeitos da sentença não ultrapassam os limites do caso concreto.

10. Conclusão

Ao longo desse estudo que analisou conceitos, origem, natureza jurídica, hipóteses de cabimento e não cabimento do remédio constitucional, bem como quem são as partes legítimas para formar os polos da ação constitucional e o conseqüente alcance da coisa julgada, para finalmente, estabelecer distinção entre o instituto estudado e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Com base nestes tópicos foi possível concluir que o remédio jurídico pode ser utilizado individual ou coletivamente, para socorrer quem ver o seu direito, liberdade ou prerrogativas obstadas por ausência de norma regulamentadora que torne efetiva a aplicação de norma constitucional não autoexecutável.

Pode-se dizer ainda que, com a análise dos principais tópicos sobre o mandado de injunção, foi possível compreender que a) a Carta Magna conferiu ao Poder Judiciário a

possibilidade de criar o direito para agasalhar um fato, sob novo enfoque, ultrapassando a simples aplicação da lei ao caso concreto, ou seja, uma nova espécie de tarefa ao Judiciário em moldes flexíveis até então inexistentes; b) que o pressuposto para a impetração da ação mandamental é a falta de norma regulamentadora que possibilite o exercício de um direito obstado por omissão do legislativo; c) qualquer direito, liberdade ou prerrogativa, é apto, a servir de embasamento jurídico para a impetração do mandado de injunção; d) que o mandado de injunção é o remédio adequado para tutelar direitos individuais e coletivos; e) que o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não se confundem, tendo em vista que os objetivos são distintos.

11. Bibliografia

BASTOS C. R.; MARTINS Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo, Saraiva, 2004.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 20-09-2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009. *Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em 20-09-2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei n. 7.783, DE 28 DE JUNHO DE 1989. *Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em 20-09-2012.

DANTAS, P.R.F. *Direito Processual Constitucional*. 3ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA FILHO, M.G. *Curso de Direito Constitucional*. 35ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, M. *Mandado de Injunção e a Inconstitucionalidade por Omissão*, São Paulo, Ed. RT, 1991.

GERRA FILHO, W.S. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2a. Ed. – São Paulo – Celso Bastos Editor. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

GRINOVER, A.P.; CINTRA, A.C.A.; DINAMARCO, C.R. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo, Ed. RT, 1986.

MENDES, G.F. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JUNIOR, N.. *Constituição Federal Comentada*. São Paulo, Ed RT, 2ª. Ed. 2009.

OLIVEIRA, M.A.C. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte/MG: Mandamentos, 2001.

PUCCINELLI JÚNIOR, A. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, J.A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7ª.ed. São Paulo: Malheiros, 1991.

STF, Pleno, *Agravo Regimental em Mandado de Injunção no. 284/DF*, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJU 26.06.1992, p. 10.103).

STJ, Corte Especial, *MI 195-DF*, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, decisão monocrática do Presidente, Min. Edson Vidigal, 10.1.2006.

ZAVASCKI, T.A. *Processo coletivo - tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.