

JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DE ANDRADE MARTINS

A COISA JULGADA NO MANDADO DE INJUNÇÃO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

2013

JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DE ANDRADE MARTINS

A COISA JULGADA NO MANDADO DE INJUNÇÃO

Monografia apresentada ao curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Direito Constitucional, sob orientação do Prof. Ms. Heitor Pereira Villaça Avoglio.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

2013

RESUMO

O presente trabalho analisa a possibilidade de formação de coisa julgada no mandado de injunção, isto é, verificando se existem peculiaridades se for comparada ao que ocorre com os demais processos judiciais. Para tanto, parte-se de uma análise do mandado de injunção, explicitando suas características e evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que concerne à concretização do exercício dos direitos fundamentais em debate. Dessa maneira, conjugada com uma análise da evolução do instituto da coisa julgada, sobretudo no campo constitucional, traça-se uma análise do alcance da *res iudicata*, caso existente, dependendo da posição tomada pela Corte.

Palavras-chave: mandado de injunção, coisa julgada, exercício de direitos fundamentais, evolução jurisprudencial.

SUMÁRIO

| | |
|------------------|---|
| INTRODUÇÃO | 6 |
|------------------|---|

CAPÍTULO I

MANDADO DE INJUNÇÃO

| | |
|--|----|
| 1. Conceito | 9 |
| 2. Competência | 11 |
| 3. Legitimidade ativa e passiva | 12 |
| 4. Objeto e procedimento | 13 |
| 5. Julgamento e efeitos da decisão | 14 |
| 6. Recursos cabíveis | 18 |

CAPÍTULO II

COISA JULGADA

| | |
|---|----|
| 1. Noções introdutórias | 20 |
| 2. Coisa julgada formal e material | 20 |
| 3. Desconstituição da coisa julgada | 22 |
| 4. Inexistência e relativização da coisa julgada material | 23 |
| 5. Eficácia <i>erga omnes</i> | 26 |
| 6. Efeito vinculante | 29 |
| 7. Eficácia <i>erga omnes</i> e efeito vinculante: uma nova perspectiva | 34 |

CAPÍTULO III

A COISA JULGADA E O MANDADO DE INJUNÇÃO: INTERAÇÕES E LIMITES

| | |
|---|----|
| 1. Introdução | 36 |
| 2. Posição não concretista | 36 |
| 3. Posição concretista individual intermediária | 37 |
| 4. Posição concretista individual direta | 41 |
| 5. Posição concretista geral | 42 |
| | |
| CONCLUSÃO | 44 |
| | |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 48 |

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, diversas inovações foram trazidas ao ordenamento jurídico pátrio. Dentre elas, destaca-se o mandado de injunção que, com o fito de corrigir omissões legislativas, atribuiu a qualquer indivíduo a possibilidade de exigir do órgão competente a edição de norma que torne viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Da maneira como alerta Hely Lopes Meirelles¹, não se pode confundir o mandado de injunção pátrio com o *writ of injunction* dos ingleses e dos norte-americanos. Nestes ordenamentos jurídicos, o remédio tem objeto muito mais amplo, voltado para solucionar questões tanto de Direito Público quanto Privado, ou seja, podendo ser direcionado tanto ao Poder Público quanto ao particular, contendo uma ordem para fazer ou não fazer. Seu descumprimento acarreta a configuração do crime de desacato ao Tribunal (*contempt of court*), sujeitando o infrator à prisão.

No Brasil, ainda que o texto constitucional tenha se mantido inalterado, a interpretação e aplicação do mandado de injunção em um pouco mais de vinte anos de vigência da Carta de 1988 teve grandes viradas tanto da doutrina e da jurisprudência. A amplitude dos seus efeitos foi vagarosamente aumentada, instigada principalmente pela inércia do Poder Legislativo, não expedindo as normas regulamentadoras necessárias, e a preocupação em proporcioná-lo uma força além da mera declaração de inconstitucionalidade por omissão.

Inclusive, esta é a orientação de alguns países. O Tribunal espanhol chegou a expandir para aqueles que não haviam sido contemplados pela opção legislativa original um regime jurídico mais benéfico². Portugal ainda oscila bastante entre a mera declaração e a adição, isto é, a integração ou completude de

um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora solução constitucionalmente obrigatória³.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes; *et al. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 323-324.

² *Report of the Constitutional Court of Spain*, in: XIVth Congress of the conference of European constitutional court, *Problems of legislative omission in constitutional jurisprudence*. p. 31.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1374-1375.

O Tribunal alemão, talvez um dos mais rígidos neste aspecto, considera a sua obrigação somente declaratória, mantendo o dever de legislar ao parlamento. Verificada a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, nota-se a consagração do legislador como instrumento processual-decisório. E diferente do que se verifica no Brasil, não há qualquer ocorrência de recusa ou renitência no cumprimento de seu dever típico.

Em posicionamento diametralmente oposto se encontra o Tribunal italiano, que não reconhece o *self restraint* nos moldes do Tribunal alemão. Com larga jurisprudência desenvolvida sobre o tema, a Corte italiana se aproveita largamente das sentenças de natureza aditiva, assumindo por muitas vezes – e de forma bastante criticável – a função legislativa⁴.

A par destas premissas e do desenvolvimento do controle de constitucionalidade das omissões, neste estudo é analisado o mandado de injunção, com especial atenção à questão da formação da coisa julgada. Neste sentido, é verificado se a *res iudicata* apresenta peculiaridades quando se está diante de uma decisão em sede de mandado de injunção.

No capítulo I é analisado o mandado de injunção em si, compreendendo seu conceito e peculiaridades via legislação, doutrina e jurisprudência existentes. No mesmo corte, é analisada a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que alterou substancialmente os efeitos do mandado de injunção, sendo possível identificar diferentes posições de concretização ou não do exercício dos direitos fundamentais em debate.

No capítulo II é realizada uma análise da própria coisa julgada. Pela vastidão do assunto, foram selecionados somente alguns pontos importantes e necessários para este estudo. Como exemplo, temos a divisão conceitual entre coisa julgada material e formal e a questão da eficácia *erga omnes* de determinadas decisões, bases imprescindíveis para sustentar o capítulo seguinte.

Por fim, no capítulo III é realizada uma síntese indutiva do que fora apresentado nos capítulos anteriores, compreendendo a partir do que já fora exposto como se relacionam o mandado de injunção e o instituto da coisa julgada. É firmado um embate entre as posições concretistas e não concretistas apresentadas no capítulo I e as espécies de coisa julgada

⁴ RUGGERI, Antonio. *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, item nº 5: “Si fa notare, com'è noto, che l'una (interpretazione conforme) e l'altra (applicazione diretta della Costituzione), pur nei connotati specifiche di ciascuna, sarebbero indicativi di un attivismo giudiziale che non solo non è ostacolato della Corte ma che è, anzi, da essa incoraggiato, in un modo che, specie di recente, appare particolarmente insistente e deciso”.

(material e formal), a sua possível eficácia *erga omnes* e o seu alcance, assim como estudado no capítulo II.

Capítulo I

MANDADO DE INJUNÇÃO

1. Conceito

O mandado de injunção está previsto no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal, com tímida regulamentação no artigo 24, parágrafo único da Lei nº 8.038/90. Trata-se de remédio constitucional contra a ausência de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Pelo conceito trazido acima a partir da redação constitucional, é possível enumerar dois pressupostos para o seu cabimento. O primeiro deles é a existência de direito constitucional que tenha relação com as liberdades fundamentais ou a nacionalidade, soberania e cidadania. O segundo, a falta de norma regulamentadora que impeça ou prejudique o gozo deste direito.

Notável assim que o mandado de injunção não se presta a reconhecer judicialmente qualquer omissão legislativa. E este é um dos pontos nos quais se difere da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A falta de regulamentação que enseja o mandado de injunção deve ter relação com direitos constitucionais de natureza fundamental.

É importante ressaltar a questão da ausência de norma regulamentadora. A jurisprudência tem tido uma visão bastante restritiva, interpretando, literalmente, que deve haver uma postura negativa daquele órgão competente para legislar sobre a matéria. Por isso, não se admite mandado de injunção para obter regulamentação de efeitos de medida provisória rejeitada⁵, para a discussão acerca da constitucionalidade, ilegalidade ou descumprimento de norma em vigor⁶, para a substituição da norma vigente por outra mais favorável⁷, para assegurar a aplicação de direito autoaplicável⁸, quando há regulamentação

⁵ STF, MI nº 415-4, Rel. Min. Octávio Gallotti, ADV 1993, ementa 62.273.

⁶ STF, AgRgMI nº 609-1, Rel. Min. Octávio Gallotti, RT 785/153; STF, MI nº 703-9, Rel. Min. Marco Aurélio, RT 832/154; STJ, MI nº 40, Rel. Min. Édson Vidigal, RT 665/172.

⁷ STF, AgRgMI nº 751-9, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, RT 869/161.

⁸ TJMG, MI nº 07, Rel. Des. Bernardino Godinho, RF 325/201.

constitucional provisória sobre o direito enquanto não advém lei regulamentadora⁹ e se a Constituição faculta ao legislador a outorga de um direito sem obrigá-lo¹⁰.

Apesar de também tratar de uma omissão legislativa, o mandado de injunção não pode ser confundido com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Como já dito acima, a diferença já é perceptível em seu objeto. Enquanto o mandado de injunção tem por objeto a ausência de regulamentação de direitos constitucionais fundamentais, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nos termos do artigo 103, parágrafo 2º da Constituição Federal, pode ser proposta pela omissão legislativa regulamentadora de qualquer norma constitucional. Além disso, como se verá adiante no detalhe, os legitimados para sua propositura são diversos: enquanto que qualquer pessoa poderá propor o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão somente poderá ser proposta pelos legitimados do artigo 103 da *Lex Major*. Por fim, há uma diferença primordial entre eles, já que

o mandado de injunção foi concebido como instrumento de controle concreto ou incidental de constitucionalidade da omissão, voltado à tutela de direitos subjetivos. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi ideada como instrumento de controle abstrato ou principal de constitucionalidade da omissão, empenhado na defesa objetiva da Constituição. Isso significa que o mandado de injunção é uma ação constitucional de garantia individual, enquanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma ação constitucional de garantia da Constituição¹¹.

Introduziu-se, portanto, um remédio constitucional único no ordenamento jurídico brasileiro contra a síndrome da falta de efetividade das normas constitucionais que obrigatoriamente necessitam de uma norma regulamentadora para produzir todos os seus efeitos.

⁹ STF, MI nº 628-8, Rel. Min. Sydney Sanches, RT 809/167.

¹⁰ STF, MI nº 107-3, Rel. Min. Moreira Alves, RT 677/235.

¹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 553.

2. Competência

A competência para o julgamento do mandado de injunção é dependente da competência legislativa daquele que se omitiu. Em regra, compete aos tribunais (superiores e de segunda instância) o seu julgamento, apesar de haver exceções.

Ao Supremo Tribunal Federal foi determinada duas competências pela Constituição Federal. Diz o artigo 102, I, alínea “q”, que lhe compete originariamente processar e julgar o mandado de injunção quando a elaboração da norma regulamentadora é atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do 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. Já o inciso II, alínea “a” do mesmo dispositivo diz que compete à Suprema Corte processar e julgar em recurso ordinário o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais superiores se a decisão tiver sido denegatória.

O Superior Tribunal de Justiça também possui competência, conforme o artigo 105, I, alínea “h” da Constituição Federal, de processar e julgar originariamente o mandado de injunção. No entanto, esta competência é limitada à omissão de órgão, entidade ou autoridade federal da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal, dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal. Note que, no âmbito federal, o Superior Tribunal de Justiça possui uma competência residual quando se fala em mandado de injunção.

Conforme o artigo 121, parágrafo 4º, inciso V, o Tribunal Superior Eleitoral é competente para julgar em grau de recurso o mandado de injunção denegado pelo Tribunal Regional Eleitoral.

Por fim, como o artigo 125, parágrafo 1º estabelece que os Estados devem organizar seu Judiciário observados os princípios estabelecidos na Carta constitucional, é certo que cada um deles definirá a competência originária para o processamento e julgamento do mandado de injunção. Seu objeto é limitado à omissão de autoridades estaduais e municipais. O Estado de São Paulo, por exemplo, estabelece em sua Constituição que a competência é do Tribunal de Justiça (artigo 74, inciso V). Já a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo 158, inciso IV, alínea “g”, determina que a competência originária seja da primeira instância

se tratar de autoridade municipal, enquanto que o Tribunal de Justiça tem competência originária para os mandados de injunção impetrados contra autoridades estaduais.

3. Legitimidade ativa e passiva

No tocante a legitimidade ativa, a regra é que qualquer pessoa, seja física ou jurídica, pode ajuizar o mandado de injunção. Inexiste qualquer limitação constitucional ou legal acerca da legitimidade ativa. Tanto é verdade que o Supremo Tribunal Federal já admitiu mandado de injunção coletivo, sendo legítimas, por analogia, as mesmas entidades legitimadas a impetrar o mandado de segurança coletivo¹².

Chegou a surgir certa polêmica acerca da possibilidade de pessoas jurídicas de direito público ajuizarem o mandado de injunção, já que haveria de ser reconhecida a existência de direitos constitucionais fundamentais para, por exemplo, um Município. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inicialmente não admitiu a sua legitimidade ativa¹³, mas recentemente parece que este entendimento tenha sido superado.

No Mandado de Injunção nº 725, o ministro relator Gilmar Mendes reconheceu que as pessoas jurídicas de direito público podem ser titulares de direitos fundamentais e, por isso, não haveria razão para o impedimento de sua legitimidade ativa em “ações constitucionais cabíveis para sua proteção”. Sendo assim, não existem quaisquer exceções para a legitimação ativa.

Situação diversa é a que ocorre quando se está diante da legitimidade passiva. Neste caso, somente pessoa Estatal poderá figurar no polo passivo, tendo em vista que somente esta tem o dever de regulamentar, e não o particular. Referido dever fica claro pela análise da competência feita no item anterior, já que somente entes da administração direta e indireta, bem como dos Poderes Legislativo e Judiciário, é que figuram como responsáveis pela omissão na elaboração de norma regulamentadora, ensejando a competência dos órgãos jurisdicionais lá referenciados.

¹² STF, MI nº 102-PE, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. acórdão Min. Carlos Velloso, DJ 12.02.98.

¹³ STF, MI nº 537, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 11.09.2001.

4. Objeto e procedimento

Conforme já dito, o mandado de injunção é o remédio constitucional contra a ausência de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania. Perfaz o objeto, portanto, esta omissão inconstitucional no dever de legislar sobre específicas matérias asseguradas na Constituição Federal. A omissão, como foi esclarecida no Mandado de Injunção nº 107, pode ser absoluta (total ausência de norma) ou parcial, quando o dever de legislar é realizado de maneira insatisfatória ou imperfeita.

No tocante ao procedimento, carece o mandado de injunção de legislação regulamentadora específica¹⁴. Contudo, o parágrafo único do artigo 24 da Lei nº 8.038/90 manda aplicar, no que couber, o rito do mandado de segurança enquanto persistir este vácuo legislativo. Desse modo, o mandado de injunção obedecerá, com as devidas adequações, ao procedimento disposto na Lei nº 12.016/09.

Algumas semelhanças e diferenças são possíveis de brevemente serem apontadas. Assim como no mandado de segurança, não se admite a produção de provas no curso do processo, além de não haver concessão de honorários advocatícios. Quanto às diferenças, ainda que haja opinião em contrário¹⁵, não se admite a concessão de liminar em mandado de injunção ou de ajuizamento de ação cautelar para este fim, e este posicionamento surge reiteradamente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁶. Também inexistente prazo prescricional ou decadencial para o ajuizamento do mandado de injunção.

¹⁴ Importante lembrar, contudo, que não faltam projetos de lei sobre o assunto: PL nº 998/88, PL nº 76/88 e o PL nº 6.002/90.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; *et al.* *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 328.

¹⁶ MANDADO DE INJUNÇÃO - LIMINAR. Os pronunciamentos da Corte são reiterados sobre a impossibilidade de se implementar liminar em mandado de injunção - Mandados de Injunção nºs 283, 542, 631, 636, 652 e 694, relatados pelos ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Ellen Gracie e por mim, respectivamente. AÇÃO CAUTELAR - LIMINAR. Descabe o ajuizamento de ação cautelar para ter-se, relativamente a mandado de injunção, a concessão de medida acauteladora. (STF, AC nº 124 AgR-PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 23.09.2004)

5. Julgamento e efeitos da decisão

Apesar de já passados mais de vinte anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, persiste ainda o debate acerca dos verdadeiros efeitos da decisão proferida no mandado de injunção. E a controvérsia é tamanha que quatro correntes diversas se formaram tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

E não é um erro apontar como uma das raízes desta divergência a ausência de legislação específica que regulamente o procedimento do mandado de injunção. Afinal, como não poderia deixar de ser quando se faz uso da analogia, alguns pontos ficam sem a devida regulamentação, pois se tratam de institutos semelhantes, mas não iguais.

Pode-se dizer até notar um paradoxo: o instituto que trata de omissões contém uma omissão em seu procedimento, se for pensado em termos específicos. Neste sentido, inclusive, houve aqueles que entendiam – antes da promulgação da Lei nº 8.038/90 – ser insuficiente o preceito constitucional para possibilitar sua aplicação, já que estavam ausentes regras processuais regulamentadoras¹⁷. Ainda que não tenha sido o pensamento dominante e prevalecente, considerando-se os preceitos constitucionais que dispõem sobre o mandado de injunção autoaplicáveis¹⁸, com o advento da Lei nº 8.038/90 a discussão perdeu seu sentido.

Seguindo a evolução histórica dos posicionamentos acerca dos efeitos da decisão do mandado de injunção, bem como da nomenclatura utilizada por Alexandre de Moraes¹⁹, pode-se dizer que a primeira posição tomada foi a não concretista. Neste caso, a decisão do mandado de injunção tem o condão de somente decretar a mora, a omissão do Poder Público em editar a norma. Há o mero reconhecimento formal da inércia.

O *leading case* desta corrente é o já mencionado Mandado de Injunção nº 107, que tratava da ausência de encaminhamento pelo Presidente da República de projeto de lei ao Congresso Nacional que disciplinasse o artigo 42, parágrafo 9º da Constituição Federal. Embora a Corte tenha se pronunciado pelo não conhecimento do mandado de injunção em razão da ilegitimidade ativa do impetrante – afinal, entendeu-se que a norma constitucional não concedeu o direito à estabilidade ao servidor público militar, mas tão somente delegou ao legislador ordinário a competência para dispor sobre ele –, os ministros estabeleceram diversas bases para os futuros julgamentos.

¹⁷ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Mandado de injunção e direitos sociais*. LTr, n. 53, 1989. p. 323.

¹⁸ STF, MI nº 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.11.90.

¹⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 1999. p. 170-174.

Entendeu-se, assim, que o Tribunal não dispõe de competência normativa, isto é, não pode proferir sentenças de conteúdo normativo, seja em caráter geral, seja concreto. A decisão judicial possui conteúdo meramente declaratório. Argumentos neste sentido teriam como obstáculo a própria separação dos Poderes e o princípio democrático: não havia, no entendimento da Corte, em absoluto, qualquer norma constitucional que autorizasse o Poder Judiciário substituir o Poder Legislativo em sua função típica. Igualmente, com o advento de lei posterior, também não poderia haver violação à coisa julgada. Haveria, ainda, violação ao princípio da reserva legal, tendo em vista que regras gerais editadas por Tribunais acabariam por impor obrigações a terceiros, algo inadmissível se não for realizado por meio de lei ou com fundamento em lei.

Dessa maneira, a procedência do mandado de injunção teria exclusivamente o condão de cientificar o Poder Público omissor para que expeça a norma regulamentadora, suprindo a lacuna que inviabiliza o exercício do direito contido no dispositivo constitucional objeto da ação. Tal postura não ficou impassível de críticas, haja vista que a manutenção da inércia do Poder Público competente não acarretaria qualquer consequência. Não havia, portanto, qualquer medida coercitiva, com a persistente ameaça de haver violação à separação dos Poderes, tornando a providência jurisdicional inócua.

Evoluindo em seu entendimento, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar a chamada posição concretista individual intermediária, na qual há a fixação pelo Poder Judiciário de um prazo ao órgão competente para que elabore a norma regulamentadora. No caso de esgotamento do prazo, o autor do mandado de injunção passaria a ter seu direito assegurado.

O primeiro caso a adotar a posição concretista individual intermediária foi o Mandado de Injunção nº 283, em que o Supremo Tribunal Federal estipulou um prazo de 45 dias para a elaboração de norma regulamentadora do artigo 8º, parágrafo 3º da ADCT e mais 15 dias para a sanção presidencial. E estipulou, igualmente que

se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem.

O ministro relator Sepúlveda Pertence também ressaltou que lei superveniente não prejudicaria esta coisa julgada, mas que o impetrante poderia se utilizar da *lex posteriori* nos pontos que lhe fossem mais favoráveis.

Importante registrar que o Mandado de Injunção nº 284, que tratou da mesma matéria e teve como relator o ministro Marco Aurélio (mas com relator para o acórdão o ministro Celso de Mello), rememorou a decisão do Mandado de Injunção nº 283, reconhecendo a inércia do Poder Legislativo. Por isso, considerou prescindível nova comunicação ao parlamento, possibilitando desde logo aos autores o ajuizamento das demandas adequadas.

No mesmo diapasão do Mandado de Injunção nº 283 foi prolatada a decisão do Mandado de Injunção nº 232. A Corte estipulou o prazo de seis meses para que o Congresso Nacional regulamentasse o artigo 195, parágrafo 7º da Constituição Federal, sob pena de o requerente gozar desde logo da imunidade prevista no texto constitucional.

Nota-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal se afastou da orientação inicial, já que não só estipulou um lapso temporal determinado para que houvesse a edição da norma regulamentadora, como também assegurou ao autor do mandado de injunção o exercício do direito constitucionalmente previsto. Houve, dessa forma, um primeiro sinal de conteúdo mandamental para a decisão judicial.

Mais adiante, o Supremo Tribunal Federal novamente avançou em sua jurisprudência, passando a se posicionar conforme a corrente concretista individual direta, isto é, aquela a qual admite que a decisão judicial implemente diretamente o direito ao autor do mandado de injunção. Então, enquanto não sobrevier norma regulamentadora, valerá o que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal para o autor da demanda.

É o que ocorreu nos Mandados de Injunção nº 721 e 758, os quais tiveram por objeto o cabimento da aplicação analógica do artigo 57, parágrafo 1º da Lei nº 8.213/91 para regulamentar o artigo 40, parágrafo 4º da Constituição Federal. Foi conferido aos impetrantes direito à aposentadoria pelo trabalho em condições especiais, conforme o plano de benefícios próprio da Previdência Social.

Nestes casos, ficou assentado expressamente pela Corte que há conteúdo mandamental nas decisões de mandados de injunção, ao invés de meramente declaratório. “A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada”. Com este novo posicionamento, o Supremo Tribunal Federal deixou de emitir uma mera certidão de omissão, passando a viabilizar o exercício do direito fundamental no caso concreto,

independentemente da inércia do legislador. É o que se convencionou chamar no direito italiano de sentença aditiva, embora a adoção pátria tenha sido feita de maneira moderada.

No julgamento do Mandado de Injunção nº 695, entretanto, ficou evidente que havia certo desconforto no Supremo Tribunal Federal acerca da eficácia deste remédio constitucional. Afinal, a interpretação de o mandado de injunção regular somente as relações jurídicas das partes e de deixar totalmente a cargo do Poder Público competente a regulamentação da norma constitucional torna-o um instrumento bastante frágil no controle de omissões inconstitucionais. Desse modo, o ministro Sepúlveda Pertence, ao discorrer sobre a mora do Poder Legislativo em regulamentar o aviso prévio proporcional, atentou que

não fosse o pedido da inicial limitado a requerer a comunicação ao órgão competente para a imediata regulamentação da norma, seria talvez a oportunidade de reexaminar a posição do Supremo em relação à natureza e à eficácia do mandado de injunção, nos termos do que vem sendo decidido no MI 670/ES.

E de certa forma atendendo a este conclamo, recentemente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mais uma vez evoluiu, adotando a chamada posição concretista geral. Contrariando posicionamento anterior, a Corte exercita de certa forma uma função legislativa ao estabelecer uma normatividade geral até que haja a superveniência de norma expedida pelo Poder Público competente.

A diferença acerca das posições anteriormente tomadas é evidente. A decisão não mais terá efeito entre as partes, mas *erga omnes* (eficácia contra todos), sendo assim o destinatário da decisão a coletividade que se sujeita às suas peculiaridades²⁰, do mesmo modo que ocorre com uma lei.

A virada da jurisprudência ocorreu em 25 de outubro de 2007 com o julgamento dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, que tratavam do exercício do direito de greve pelos servidores públicos. Tratando-se de norma constitucional de eficácia limitada²¹ contida no artigo 37, inciso VII, fazia-se necessária a edição de lei específica para que seu exercício fosse

²⁰ A questão da eficácia *erga omnes* será melhor trabalhada no Capítulo II *infra*.

²¹ Valendo-se da tradicional classificação criada por José Afonso da Silva (*Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998), as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que não possuem aplicabilidade imediata, pois precisam de norma regulamentadora para produzir todos os seus efeitos.

assegurado. Contudo, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Legislativo negligenciou sua atividade constitucionalmente prevista.

Reconhecendo este alarmante conflito, o Supremo Tribunal Federal conheceu dos mandados de injunção por maioria, estipulando a aplicação a todos os servidores públicos, no que couber, da Lei nº 7.783/89, que trata do exercício do direito de greve na iniciativa privada. Não se trata de uma função especificamente legislativa, pois se assim fosse a Corte teria que ter inovado na legislação, criando regulamentação inédita ao caso. Só que não se pode negar também que há certo aspecto legislativo, pois realizou regulação provisória, através do método analógico, a todos que se enquadrem naquela situação, independentemente de terem sido partes ou não da demanda que originou a decisão judicial.

Passou a prevalecer, portanto, o entendimento de que a sistemática omissão do Poder Legislativo autoriza o Poder Judiciário a garantir, de alguma forma, o exercício dos direitos assegurados na Constituição, sem que isto represente violação ao princípio da separação dos Poderes. Trata-se de garantia mediante regulação provisória do direito, e, portanto, não se configura uma atividade verdadeiramente legiferante do Judiciário. É, porém, indispensável à garantia da eficácia dos direitos constitucionais violados pela inércia do legislador. Se e quando editada a norma específica pelo Congresso Nacional estará afastada a regulação judicial provisória²².

Houve assim uma mudança radical na questão dos efeitos da decisão do mandado de injunção. E isto acaba impactando diretamente no instituto da coisa julgada, que passará a ser analisado no capítulo seguinte.

6. Recursos cabíveis

Quando se estiver diante de decisão em única instância de Tribunal Superior, o único recurso cabível contra a decisão proferida no mandado de injunção é o recurso ordinário, previsto no artigo 102, inciso II, alínea “a” da Constituição Federal. Ressalta-se que é somente cabível contra decisões denegatórias.

²² MEIRELLES, Hely Lopes, *et al. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 335.

No caso de uma decisão que não seja denegatória, o único recurso cabível perante o Supremo Tribunal Federal é o recurso extraordinário, mas com a condição de que preencha os seus requisitos de admissibilidade²³ e que persista a inviabilização do exercício de direitos assegurados pela Constituição passíveis de questionamento via mandado de injunção.

Ao Superior Tribunal de Justiça é cabível recurso especial quando a decisão de mandado de injunção no âmbito dos Tribunais Estaduais contrariar tratado ou lei federal (ou negar-lhes vigência), julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal ou der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Conforme já exposto acima, em razão da ausência de legislação específica, aplicam-se as disposições concernentes ao mandado de segurança e, subsidiariamente, as do Código de Processo Civil.

²³ Além daqueles próprios da legislação processual civil, o prequestionamento da matéria, a sua repercussão geral e a decisão contrariar dispositivo da Constituição Federal, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Capítulo II

COISA JULGADA

1. Noções introdutórias

Um dos objetivos do Direito é gerar segurança para os jurisdicionados, conferindo lisura e correição às relações jurídicas por terem respaldo no pronunciamento Estatal, seja este através de seus agentes, como o magistrado, seja através do ordenamento jurídico. Trata-se, em última análise, de uma necessidade social, com a finalidade de evitar a perpetuação de litígios. E de fato, um dos instrumentos hábeis a buscar referido objetivo é a coisa julgada.

Com base no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, a *res iudicata* tem o condão de impedir novo pronunciamento judicial sobre determinado caso em que já houve decisão judicial impassível de recurso. Acaba, portanto, se relacionando intimamente com o instituto da segurança jurídica e à imutabilidade das decisões.

Por isso que não há juízo ou correspondência com a verdade quando se trata da coisa julgada, mas simplesmente um imperativo de estabilidade das relações jurídicas, em busca da paz na convivência social. É, pois, uma qualidade da decisão judicial para manter a soberania das decisões judiciais.

2. Coisa julgada formal e material

Tanto a doutrina quanto a legislação tratam de espécies distintas de coisa julgada: a coisa julgada formal e a coisa julgada material.

A coisa julgada formal ocorre quando se esgota qualquer possibilidade de interposição de recurso contra a decisão judicial, seja em razão de não haver mais qualquer instrumento processual cabível, seja em razão do decurso do prazo legal aliado à inércia da parte. Assim, com a coisa julgada formal, torna-se “indiscutível a decisão naquele processo em que foi proferida²⁴”. O próprio parágrafo 3º do artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito

²⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso Avançado de Processo Civil V. 1*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2008. p. 566.

Brasileiro traz esta noção, ao disciplinar que se chama coisa julgada a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Toda e qualquer sentença é apta a formar a coisa julgada formal, tendo em vista que independe da análise do mérito para sua formação. Como esta se forma no próprio processo em razão da impossibilidade de interposição de recurso, mesmo que o juízo só tenha rejeitado a ação por conta, a título exemplificativo, da ausência de pressuposto processual, haverá coisa julgada formal.

A coisa julgada material, por sua vez, se limita ao caso das sentenças de mérito, pois torna imutável aquilo que fora decidido além das fronteiras do próprio processo. Em outras palavras, a coisa julgada material torna-se oponível *erga omnes*, não havendo possibilidade de nova discussão do caso em qualquer outro processo.

Neste sentido é que o artigo 468 do Código de Processo Civil dispõe que “a sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lei e das questões decididas”. E assim entende a doutrina:

Tem-se, então, que a coisa julgada material corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre o direito da parte que requer alguma prestação jurisdicional. Portanto, para que possa ocorrer coisa julgada material, é necessário que a sentença seja capaz de declarar a existência ou não de um direito. Se o juiz não tem condições de "declarar" a existência ou não de um direito [...] não terá força suficiente para gerar a imutabilidade típica da coisa julgada. Se o juiz não tem condições de conhecer os fatos adequadamente (com cognição exauriente) para fazer incidir sobre estes uma norma jurídica, não é possível a imunização da decisão judicial, derivada da coisa julgada material²⁵.

Em síntese, a coisa julgada formal produz efeito endoprocessual, isto é, dentro do próprio processo em que se formou, já que impede a continuidade da demanda e faz surgir a imutabilidade do julgado. A coisa julgada material, por sua vez, produz efeito endo e extraprocessual, pois torna indiscutível a decisão dentro do próprio processo e em qualquer outro.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil Vol. 2: Processo de Conhecimento*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 644-645.

3. Desconstituição da coisa julgada

A própria legislação pátria admite casos em que a coisa julgada pode ser rescindida, desde que preenchidos determinados requisitos. São situações em que há algum vício intolerável no *decisum*, podendo causar tanto uma instabilidade no sistema jurídico pela injustiça da decisão quanto uma insegurança jurídica, pela admissão de decisões contrárias à harmonia do ordenamento jurídico.

Existem cinco meios possíveis de desconstituição da coisa julgada: através da ação rescisória, da *querella nullitatis*, da impugnação ou embargos com base em lei declarada inconstitucional, da impugnação com base em erro material e da revisão de decisão por denúncia à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A ação rescisória está prevista no artigo 485 e seguintes do Código de Processo Civil. Trata-se de ação própria para desconstituir a coisa julgada formal e material de sentença de mérito quando presente alguma das hipóteses rescisórias previstas. Só poderá ser proposta dentro do prazo decadencial de dois anos, contado da data do trânsito em julgado da sentença rescindenda.

A *querella nullitatis* é um meio de desconstituição da coisa julgada quando há vícios de extrema gravidade que comprometeriam a própria existência do processo (ausência de citação, por exemplo) ou a identidade jurídica da sentença. São causas diferentes daquelas em que é cabível a ação rescisória. Expressamente, existe previsão no artigo 475-L, inciso I e no artigo 741, inciso I do Código de Processo Civil, mas tais casos dizem respeito somente aos embargos à execução e à impugnação, ou seja, quando está presente um título executivo. Contudo, nada impede que seja manejada ação autônoma quando não se está diante de um título com força executiva, a qual é imprescritível e possível de ser manejada mesmo após o prazo decadencial de dois anos, próprio da ação rescisória.

Os artigos 741, parágrafo único e 475-L, parágrafo primeiro do Código de Processo Civil trazem outro meio de desconstituição da coisa julgada. Tais dispositivos disciplinam que caso o título judicial seja fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal, serão considerados inexigíveis. Dessa maneira, mesmo que a declaração de inconstitucionalidade

seja posterior à formação do título executivo, a coisa julgada existente poderá ser desconstituída através de impugnação ou embargos à execução.

A impugnação com base em erro material está calcada no artigo 463, inciso I do Código de Processo Civil. Trata-se de situação que o magistrado percebe que houve um equívoco na forma como foi expressa sua decisão, o que não prejudica o próprio conteúdo da sentença. São os casos de erros datilográficos ou de cálculos, os quais, posto que acobertados pelo trânsito em julgado, podem sofrer alterações.

Por fim, a desconstituição da coisa julgada feita pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é realizada quando a decisão de direito interno viola dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Estado brasileiro é signatário.

Diante disso, a Corte Interamericana pode ser chamada para apreciar qualquer ato ou omissão estatal brasileiro (executivo, legislativo ou jurisdicional), inclusive decisões judiciais acobertadas pela coisa julgada material que violem garantias fundamentais. Um processo internacional, instaurado perante este tribunal, pode ter por objeto mediato ou imediato o rejuízo (em termos incompatíveis com o julgamento interno) ou a invalidação de sentença brasileira transitada em julgado. Enquadra-se, pois, como mais um instrumento típico de revisão da coisa julgada²⁶.

Embora estas sejam as alternativas de desconstituição da coisa julgada previstas na legislação pátria, tanto a doutrina quanto a jurisprudência passaram a identificar outras formas implicitamente reconhecidas na legislação e pela leitura harmoniosa de princípios constitucionais. Tais formas serão tratadas no item seguinte.

4. Inexistência e relativização da coisa julgada material

É comum que tanto a coisa julgada formal quanto a material se formem quando é proferida decisão extintiva do processo, não sendo mais cabível qualquer recurso. No entanto, esta regra não é absoluta, podendo haver situações em que há somente a formação da coisa julgada formal. É o caso, como já dito alhures, das decisões que não adentram o mérito, isto é, as chamadas sentenças processuais. Todavia, este não é o único caso, havendo outros que também não fazem coisa julgada material.

²⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 2. 4ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 439.

As razões de decidir são, salvo se a decisão possuir força vinculante, outro exemplo. O artigo 469 do Código de Processo Civil traz em seus incisos especificamente os fundamentos que não ficam acobertados pela *res iudicata*: os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença e a apreciação da questão prejudicial decidida incidentalmente no processo.

No caso de haver efeito vinculante, como ocorre na decisão da ação direta de inconstitucionalidade e na da ação declaratória de constitucionalidade²⁷, a obrigatoriedade não se limita à parte dispositiva do julgado, mas se expande para o seu fundamento, devendo os órgãos a ele submetidos observar a norma abstrata que se extrai,

que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado²⁸.

Na mesma esteira estão os argumentos que poderiam ter sido deduzidos no processo, mas que não foram arguidas. Entende-se que há um efeito preclusivo e, desse modo, presume-se que as questões já estão implicitamente resolvidas. É o que dispõe o artigo 474 do Código de Processo Civil, aplicando o clássico brocardo *tantum iudicatum disputatum vel quantum disputari debeat*.

Também é pacífico na doutrina tradicional que não fazem coisa julgada material as decisões proferidas na jurisdição voluntária (artigo 1.111 do Código de Processo Civil), no processo cautelar se não versar sobre a prescrição ou decadência do direito ligado ao processo principal (artigo 810 do Código de Processo Civil) e nas relações continuativas. São casos distintos dos apresentados acima, pois dependem de uma modificação das circunstâncias fáticas e/ou jurídicas para que haja o afastamento da coisa julgada material.

Neste tópico, entretanto, é preciso tecer uma crítica ao entendimento clássico. Não se trata, verdadeiramente, de uma relativização da coisa julgada. Afinal, trata-se de nova situação que ensejará um novo pronunciamento judicial. Daquela circunstância em que foi

²⁷ Artigo 102, parágrafo 2º da Constituição Federal: As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes, *et al. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 576.

proferida a decisão formou-se coisa julgada material. Todavia, como houve uma modificação circunstancial, ou seja, no suporte fático ou jurídico, se está diante de uma circunstância inédita, não abarcada pelo manto da *res iudicata*.

E não se trata de circunstância que poderia ter sido deduzida pela parte à época do trâmite da ação em que se formou a coisa julgada, haja vista que são causas supervenientes.

Modificando-se os fatos que dão ensejo à relação jurídica continuativa (e o próprio direito), e legitimam o pedido de uma tutela jurisdicional, tem-se a possibilidade de propositura de uma nova ação, com elementos distintos (nova causa de pedir/novo pedido), a chamada ação de revisão. A coisa julgada não pode impedir a rediscussão do tema por fatos supervenientes ao trânsito em julgado (lembre-se que a eficácia preclusiva só atinge aquilo que foi deduzido ou poderia ter sido deduzido pela parte à época).

[...]

Sentença sobre relação jurídica continuativa faz, sim, coisa julgada material. Para a relação jurídica continuativa, identificada por aqueles quadros fático e jurídico, há uma decisão transitada em julgada, indiscutível.

Agora, modificado o quadro fático e/ou jurídico, necessário que se dê novo tratamento à relação jurídica, o que será feito por nova ação, que culminará em uma nova decisão transitada em julgado – indiscutível para aquela nova situação²⁹.

Além dos casos mencionados acima, existem exceções reconhecidas pela jurisprudência e pela doutrina quando se está diante de uma coisa julgada material sem qualquer modificação fática e/ou jurídica. São as situações da coisa julgada inconstitucional, em que este fenômeno entra diretamente em conflito com os ditames constitucionais.

A doutrina mais abalizada, admitida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 363.889, leciona o seguinte:

O princípio da intangibilidade da coisa julgada não é absoluto, cedendo diante de outros igualmente consagrados como o da supremacia da Constituição;

A coisa julgada não pode servir de empecilho ao reconhecimento do vício grave que contamina a sentença proferida em contrariedade à Constituição. Não há uma impermeabilidade absoluta das decisões emanadas do Poder Judiciário, mormente quando violarem preceitos constitucionais;

Reconhecer-se que a intangibilidade da coisa julgada pode ser relativizada quando presente ofensa aos parâmetros da Constituição não é negar-lhe a essência, muito menos a importância do princípio da segurança jurídica;

Pensar-se um sistema para o controle da coisa julgada inconstitucional é, ao contrário de negar, reforçar o princípio da segurança jurídica, visto não haver insegurança maior do que a instabilidade da ordem constitucional. E permitir-se a

²⁹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 2. 4ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 433.

imunidade e a prevalência de um ato contrário aos preceitos da Constituição, é consagrar a sua instabilidade, provocando, isso sim, maior insegurança;

Atos inconstitucionais são, por isso mesmo nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica³⁰.

No acórdão supracitado, a Corte admitiu nova ação de investigação de paternidade, a despeito da existência de coisa julgada material anterior. Para os ministros, a ausência de provas no processo anterior, sobretudo de exame de DNA, frente os preceitos constitucionais contidos nos artigos 1º, inciso III, 5º, incisos XXXVI e LXXIV e 227, parágrafo 6º, tornava a coisa julgada inconstitucional, passível de relativização.

Este foi um dos primeiros casos³¹ em que o Supremo Tribunal Federal admitiu a relativização da coisa julgada sem estar baseado na legislação ordinária, pautando-se apenas na supremacia da Constituição. Por isso, embora ainda não tenham surgido muitos outros casos em que a Corte tenha se posicionado da mesma forma, não se pode negar que há a possibilidade futura de ser tomada postura semelhante.

5. Eficácia *erga omnes*

Algumas decisões judiciais possuem eficácia *erga omnes*, efeito que só se consolida com o trânsito em julgado. Estando presente principalmente nas ações constitucionais, é importante fazer referência a ela aqui, analisando a possibilidade de existência no caso específico do mandado de injunção.

A eficácia *erga omnes*, a partir da própria expressão latina, sempre foi interpretada como uma eficácia que atinge a todos os indivíduos (“eficácia contra todos”, na literalidade do artigo 102, §2º da Constituição Federal), isto é, que não é limitada aos envolvidos no ato que a tem como característica. Assim, pode-se dizer que quando está presente a eficácia *erga omnes*, o destinatário é toda a coletividade que se enquadra em seus requisitos. Em termos

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização*. In: Coisa julgada inconstitucional. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 163-164.

³¹ É possível mencionar também o julgamento do Recurso Extraordinário nº 146.331, de relatoria da ministra Ellen Gracie, no qual o Supremo Tribunal Federal assentou não ser absoluta a garantia da coisa julgada e afastou tal incidência no caso da aplicação do artigo 17, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A diferença é que o próprio dispositivo em análise faz referência à inadmissão da alegação de direito adquirido, o que difere do caso do Recurso Extraordinário nº 363.889.

processuais, a eficácia *erga omnes* é atrelada a uma decisão judicial que produz efeitos que exacerbam as partes litigantes, atingindo terceiros em situação semelhante à das partes.

Não se trata, assim, de eficácia restrita às decisões judiciais – e, dessa forma, própria de atos expedidos por órgãos do Poder Judiciário –, pois também é, por exemplo, da natureza das leis e atos administrativos, ainda que concretamente tenham um destinatário específico. Afinal, ainda que possuam tal atributo, terceiros deverão respeitar os direitos ou deveres nelas previstos para o destinatário. Por isso mesmo que muitas vezes a doutrina, sobretudo a alemã, trata a eficácia *erga omnes* como sinônimo de “força de lei”.

Na doutrina dominante germânica, a força de lei, no âmbito do Judiciário, é instituto especial de controle de normas, um instituto de direito processual aplicado ao controle de constitucionalidade abstrato e concentrado. E somente a parte dispositiva da decisão é que é eficaz contra todos.

A corrente de pensamento dominante brasileira não apresenta muitas diferenças. Existe certo consenso doutrinário e jurisprudencial que só há eficácia *erga omnes* da parte dispositiva do julgado, assim como leciona o direito alemão, aproximando-se bastante da coisa julgada. Neste sentido, os motivos determinantes para a decisão não estão cobertos pelo manto da eficácia *erga omnes*.

Conforme o sistema de controle de constitucionalidade estatuído na *Lex Major*, a eficácia *erga omnes* está presente na ação direta de inconstitucionalidade genérica (artigo 102, §2º), na arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, §1º da Constituição Federal combinado com o artigo 10, §3º da Lei nº 9.882/99) e na ação declaratória de constitucionalidade (artigo 102, §2º). Adicionalmente, em razão do que fora julgado nos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, consagrando a teoria concretista geral, há a atribuição pelo Supremo Tribunal Federal de eficácia *erga omnes* também a este remédio constitucional³².

Assim, em regra, a decisão em mandado de injunção, ainda que dotada de caráter subjetivo, comporta uma dimensão objetiva, com eficácia *erga omnes*, que serve para tantos quantos forem os casos que demandem a concretização de uma omissão geral do Poder Público, seja em relação a uma determinada conduta, seja em relação a uma determinada lei³³.

³² Consoante estudado no capítulo anterior *supra*.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1375.

Reforçando este entendimento, é importante lembrar que na Reclamação Constitucional nº 6.200-0/RN o Supremo Tribunal Federal ratificou o entendimento de existência de eficácia *erga omnes* decorrente das decisões proferidas nos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, para que houvesse aplicação direta nos casos de exercício greve dos servidores públicos.

No tocante à possibilidade de revisão, se houve decisão anterior do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a omissão inconstitucional e a adoção da posição concretista geral, esta não poderá, em regra, ser revista. Afinal, a Corte já analisou os argumentos favoráveis e contrários e decidiu pela aplicação a todos de determinada solução enquanto o Poder Público competente estiver em mora. Dessa maneira, não há razão para que haja uma nova apreciação da matéria: todos estão obrigados a seguir o que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Como o mandado de injunção tem a natureza de ação, a repetição de impetração idêntica a outra já apreciada, entre as mesmas partes, sofre o óbice da coisa julgada, devendo o processo ser extinto³⁴.

Ocorre que este cenário está adstrito à situação jurídica inalterada, em que não houve evolução interpretativa das normas ou modificação substancial das relações jurídicas.

Havendo uma evolução das circunstâncias fáticas e/ou jurídicas, é de se notar que neste ponto há uma exceção à eficácia *erga omnes* da decisão anterior. Não se tratam mais dos argumentos favoráveis e contrários analisados anteriormente pela Corte; não se está mais diante da mesma situação jurídica. A omissão inconstitucional será analisada sob um novo prisma, que poderá concluir de modo diverso. Afinal, não se pode esquecer dos ensinamentos de Savigny, que toda sentença possui implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, que permite posteriores alterações dada a natureza viva de certas relações jurídicas, que modificam no futuro a realidade do momento da sua prolação. Neste caso, portanto, é possível uma nova análise pelo Supremo Tribunal Federal sobre a omissão que inviabiliza o exercício de direitos fundamentais, para que se adote outra solução, mais adequada, ao caso em análise.

A eficácia *erga omnes* também não limita o Poder Legislativo, que poderá editar lei idêntica àquela declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou, especificamente

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, *et al. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 336. Vide também STF, MI nº 532-SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 24.04.1997.

no caso da omissão, editar lei que supra o vazio legislativo. A força de lei da decisão é adstrita à lei impugnada declarada inconstitucional. Por isso, caso haja a edição de lei idêntica, esta deverá ser objeto de novo controle de constitucionalidade.

Vale ressaltar por fim, principalmente com base nas decisões apresentadas no capítulo anterior, que o Supremo Tribunal Federal poderá disciplinar os efeitos da lei posterior. Poderá a nova norma somente produzir efeitos que beneficiem o autor do mandado de injunção já transitado em julgado ou não ter quaisquer efeitos, em respeito ao direito adquirido e à coisa julgada.

6. Efeito vinculante

Apesar de já previsto no artigo 187 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal³⁵, só foi ingressar na ordem constitucional a partir da emenda constitucional nº 3/93, mas com característica distinta. Enquanto que no Regimento Interno o efeito vinculante existia para todos os efeitos, na emenda constitucional era relativo aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Além disso, a emenda constitucional restringia o efeito vinculante à ação declaratória de constitucionalidade.

A redação, porém, sofreu alteração pelo advento da emenda constitucional nº 45/04, que expandiu o efeito vinculante à administração indireta e especificou que se incluem também os entes estaduais e municipais. Também ampliou o efeito vinculante às ações diretas de inconstitucionalidade.

Com isso, pode-se dizer que o efeito vinculante ocorre na decisão da ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, conforme preleciona o artigo 102, §2º da Constituição Federal. Contudo, não se pode esquecer que o artigo 10, §3º da Lei nº 9.882/99 também o admite na arguição de descumprimento de preceito fundamental, mas com uma ressalva: aplicável apenas aos órgãos do Poder Público.

Como a lei é de 1999, a redação se assemelha à da emenda constitucional nº 3/93, o que é bastante criticável. Afinal, assim como explicita a redação da emenda constitucional nº 45/04, é necessário que haja efeito vinculante não só para os entes da administração direta,

³⁵ Art. 187. A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos.

mas também da administração indireta, sobretudo com a enorme onda de privatização dos serviços públicos e exploração de atividades econômicas por pessoas jurídicas de direito privado, nos termos do artigo 173 da Constituição Federal. O texto, todavia, carece de ampliação.

E não há falar em inconstitucionalidade pela concepção de efeito vinculante por via ordinária ao invés da via constitucional, haja vista que se trata de um atributo da própria jurisdição constitucional. Desse modo, afastá-lo resultaria em um enfraquecimento de um dos instrumentos do controle de constitucionalidade abstrato e concentrado.

A grande diferença apontada tanto pela doutrina brasileira quanto alemã do efeito vinculante em relação à eficácia *erga omnes* diz respeito à vinculação que cria aos motivos (ou fundamentos) determinantes da decisão. Em outras palavras, o efeito vinculante não se limita à parte dispositiva do julgado, mas se expande para o seu fundamento, devendo os órgãos a ele submetidos observar a norma abstrata que se extrai,

que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado³⁶.

Importante reforçar que o efeito vinculante se produz naqueles fundamentos determinantes, excluindo, portanto, os *obiter dicta*. O que interessa é o preceito obtido dos argumentos trazidos na decisão, e não, propriamente, detalhes e menções que simplesmente reforçam o entendimento firmado.

Realizando uma análise comparativa, a doutrina alemã majoritária traz como características básicas do efeito vinculante a sua produção pelas decisões de controle concreto de inconstitucionalidade de atos de autoridade e de decisões judiciais, atinge os motivos determinantes da decisão e obriga somente os órgãos constitucionais da Federação e dos Estados e as autoridades federais e estaduais. Dessa forma, particulares estão excluídos. Assim, destoa do modelo brasileiro porque enquanto este atribui efeito vinculante no controle de constitucionalidade abstrato, o direito alemão o faz no concreto. Também há divergência

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, *et al. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 576.

quanto a exclusão dos particulares, já que o direito brasileiro admite pessoas jurídicas de direito privado na administração pública indireta.

Dúvida pode surgir quanto a obrigatoriedade de o Supremo Tribunal Federal seguir orientação por ele estabelecida, dotada de efeito vinculante. E é mais contundente que no caso da eficácia *erga omnes*, pois o texto constitucional e legal obrigam explicitamente os órgãos do Poder Judiciário, genericamente. Mesmo assim, a resposta deve ser semelhante à da eficácia *erga omnes*: o efeito vinculante também não engessa o Supremo Tribunal Federal, mas em termos. É imperioso que o tribunal constitucional respeite suas orientações anteriores se não houver modificação significativa nas circunstâncias fáticas e/ou jurídicas. Somente neste caso é que poderá haver decisão conflitante e divergente da anterior, dotada de efeito vinculante.

Diferente é o caso dos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração direta e indireta. Estes são obrigados a seguir a orientação do Supremo Tribunal Federal, pois seu desrespeito caracteriza lesão à competência e à autoridade das decisões da Corte, ensejando a propositura de reclamação (artigo 102, I, “I” da Constituição Federal).

Questões interessantes dizem respeito acerca do efeito vinculante na decisão acerca de medidas cautelares nas ações diretas de inconstitucionalidade, declaratórias de constitucionalidade e de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Vejamos cada um dos casos individualmente.

Quando se trata de ação declaratória de constitucionalidade, há um silêncio constitucional acerca de sua possibilidade. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal teve a possibilidade de apreciar a matéria quando do julgamento da ação declaratória de constitucionalidade nº 4³⁷, a qual se discutia a constitucionalidade da proibição de concessão de tutela antecipada para assegurar o pagamento de vantagens ou vencimentos a servidores públicos. Neste julgamento ficou consignada a admissibilidade de concessão de medida cautelar em sede de ação declaratória de constitucionalidade, pois tal prerrogativa é inerente ao poder geral de cautela que possui qualquer magistrado.

Ocorre que, com a concessão da cautelar, o Supremo Tribunal Federal acabou por conferir efeito vinculante à sua decisão, afetando

³⁷ ADC nº 4, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 16-2-1998.

não apenas os pedidos de tutela antecipada ainda não decididos, mas todo e qualquer efeito futuro da decisão proferida nesse tipo de procedimento³⁸.

Atualmente, existe previsão de possibilidade de concessão de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade no artigo 21 da Lei nº 9.868/99, com efeitos análogos – vinculantes – aos da decisão do julgador comentado alhures, isto é, com o condão de suspender o julgamento dos processos ou efeitos das decisões judiciais que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

No tocante à ação direta de inconstitucionalidade, é preciso dividir a análise entre a decisão concessiva e a denegatória de medida cautelar. Quando se está diante de uma decisão concessiva, isto é, que suspende a aplicação da lei ou ato normativo em discussão, o efeito vinculante necessário é o sobrestamento de todos os processos que envolvam a sua aplicação. Assim, ainda que não haja no texto constitucional ou na legislação ordinária a expressão “efeito vinculante”, é certo que este é necessário para a estabilidade das relações jurídicas.

Já no caso da decisão denegatória de medida cautelar, a questão não está pacificada no âmbito da Corte constitucional. A primeira corrente, advinda da Reclamação nº 2.121, defende que o indeferimento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade já afasta a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Neste diapasão, instâncias ordinárias não poderiam decidir de forma divergente. Aí estaria o efeito vinculante da decisão.

Ocorre que esta não é a melhor solução, tendo em vista que em certas situações a medida cautelar é denegada em razão de elementos formais, como a não configuração de urgência. Assim, não houve realmente uma manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma em debate.

Por isso que, assim como sugere o ministro Gilmar Mendes³⁹, talvez seja mais viável a aplicação da regra prevista no artigo 21 da Lei nº 9.868/99, isto é, da mesma fórmula da ação declaratória de constitucionalidade. Nestes termos, o efeito vinculante seria realizado da mesma forma: haveria a determinação do sobrestamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo impugnado até a decisão final do Supremo Tribunal Federal.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁹ *Idem, ibidem*. p. 1448.

O caso da arguição de descumprimento de preceito fundamental é semelhante ao da ação declaratória de constitucionalidade. Consoante o artigo 5º, §3º da Lei nº 9.882/99, a liminar terá o efeito vinculante de sobrestar todos os processos, efeitos de decisões judiciais ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Não foi atribuído explicitamente ao mandado de injunção o efeito vinculante. Os fundamentos da decisão, então, não vinculariam os órgãos do Poder Executivo e do Judiciário, obrigando-os a seguir o raciocínio e procedimento adotado pela Suprema Corte. Esta assertiva estaria correta se for levado em conta posição tradicional, não concretista, e concretistas individuais do mandado de injunção. Afinal na primeira delas só se reconhece a existência de uma violação ao exercício de um direito fundamental por ausência de norma regulamentadora. Nas demais, há a garantia do exercício do direito fundamental, mas apenas para a parte autora do mandado de injunção, com a diferença que na posição individual intermediária há o estabelecimento prévio de um prazo ao órgão competente para que formule a norma regulamentadora antes de assegurar o direito de exercício.

No entanto, tratando-se de uma posição concretista geral, com eficácia *erga omnes*⁴⁰, é certo que o Poder Judiciário e o Executivo deverão seguir o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, isto é, os fundamentos determinantes de sua decisão. Isto porque foi reconhecida abertamente uma omissão inconstitucional, a qual atinge a todos aqueles que se encaixam nas circunstâncias fáticas e/ou jurídicas apreciadas. Neste sentido, todos os órgãos que se depararem com situação semelhante deverão adotar os mesmos fundamentos, assegurando o direito de exercício do direito fundamental em questão.

Assim, estando o caso concreto em conformidade circunstancial, não caberá uma nova apreciação pelos órgãos vinculados dos motivos, mas uma mera adoção daquilo que já fora analisado pela Suprema Corte. Há na posição concretista geral, portanto, um efeito vinculante, embora não declarado expressamente.

⁴⁰ Conforme visto no item 5 *supra*.

7. Eficácia *erga omnes* e efeito vinculante: uma nova perspectiva

Visto como a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante se relacionam com as diversas modalidades de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, é imprescindível fazer uma ressalva final. Há entendimento que a eficácia *erga omnes*, na verdade, se relaciona com o ordenamento jurídico enquanto texto, ou seja, em relação à hierarquia legislativa. Assim, a decisão advinda do controle de constitucionalidade, em relação à eficácia *erga omnes*, apenas determinaria a manutenção ou exclusão do texto legal da hierarquia existente.

Neste sentido, a eficácia *erga omnes* seria afastada de seu viés subjetivo, o qual determina que a produção do efeito ocorre contra todos. Na realidade, a análise é objetiva: a harmonização ou não daquele diploma legal frente aos demais à luz da Constituição Federal.

O efeito vinculante, por sua vez, diz respeito às normas em si, a sua integração com o ordenamento jurídico. Não se trata de uma análise textual, de posicionamento perante uma hierarquia, mas de harmonia e completude da norma jurídica extraída do texto conforme as demais normas jurídicas presentes no ordenamento jurídico. Através do efeito vinculante há, por assim dizer, uma análise muito mais orgânica.

Dessa maneira, na hipótese de declaração de constitucionalidade de uma lei, a eficácia *erga omnes* terá por objetivo manter íntegro o diploma legal na posição hierárquica em que se encontra dentro do ordenamento jurídico. O efeito vinculante irá vincular a interpretação das normas jurídicas extraídas do texto pelos órgãos a ele submetidos. As relações orgânicas entre as normas jurídicas deverão ser realizadas e interpretadas em conformidade com a decisão do Supremo Tribunal Federal.

É notável que, apesar de serem diferentes modos de enxergar a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, ainda assim são visões que não se excluem, mas se complementam. A eficácia *erga omnes* extirpa ou mantém no ordenamento jurídico a lei, o que apresentará consequência para todos. O efeito vinculante, ao “traçar o manual” de interpretação das normas jurídicas, determinando como ela se relaciona com as demais normas, não deixa de ser um mandamento para que os órgãos a ele submetidos respeitem os fundamentos determinantes do julgado.

Portanto, por todo o exposto, seja por uma visão, seja pela outra, é dessa maneira que a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante se relacionam com as decisões do Supremo Tribunal Federal, impactando diretamente no fenômeno jurídico.

Capítulo III

A COISA JULGADA E O MANDADO DE INJUNÇÃO: INTERAÇÕES E LIMITES

1. Introdução

Sedimentadas noções acerca do mandado de injunção, da coisa julgada e de institutos correlatos, é possível analisar as suas interações, estabelecendo a existência ou não da coisa julgada formal e material no mandado de injunção. Também será analisado a seguir o alcance das decisões, se possui eficácia *erga omnes* ou somente entre as partes.

Para a realização deste exercício, serão tomadas como base as posições jurisprudenciais identificadas no Capítulo I do Supremo Tribunal Federal, quais sejam, não concretista, concretista individual intermediária, concretista individual direta e concretista geral.

2. Posição não concretista

Conforme fora discutido no Capítulo I, a posição não concretista é marcada pelo seu único efeito de decretar a mora do órgão competente de elaborar a norma regulamentadora. De caráter meramente declaratório, a decisão produzirá efeitos apenas para as partes, de maneira abstrata, tendo em vista que constituirá em mora o Poder Público somente para a regulamentação do direito daquele que impetrou o mandado de injunção.

Obviamente que, com a elaboração da norma pelo órgão competente, serão atingidos todos aqueles que se enquadrarem na mesma situação do autor do mandado de injunção. No entanto, em termos processuais, a adoção da posição não concretista faz com que haja efeitos *inter partes*, sendo o caráter geral mera característica da norma jurídica. A decisão do mandado de injunção produz efeitos individuais, mas a norma jurídica editada pelo órgão competente em razão deste remédio constitucional produz efeitos gerais. A eficácia *erga omnes* não existe na ação, mas no resultado que porventura possa existir caso o órgão competente cumpra sua função legiferante.

Verifica-se, portanto, que na posição não concretista existe a limitação da coisa julgada formal e material. Formal porque, não sendo cabível recurso – pois todos os possíveis já foram interpostos – ou esgotado o seu respectivo prazo sem sua interposição, ocorre o trânsito em julgado. E como já discutido no Capítulo II, a coisa julgada formal tem como característica a impossibilidade de se tomar medidas endoprocessuais.

Também há a formação de coisa julgada material, pois o indivíduo não poderá propor novo mandado de injunção com o mesmo objeto. A coisa julgada material, como já dito anteriormente, torna a matéria indiscutível, com efeitos endo e extraprocessuais. Na posição não concretista, o indivíduo já teve reconhecida a inexistência de norma regulamentadora de seu direito e já houve comunicação ao órgão competente da necessidade de sua elaboração. Sendo assim, não só houve coisa julgada material – mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido – como também há de se cogitar uma ausência de interesse de agir, pois se faz desnecessária nova provocação do Poder Judiciário para reiterar o reconhecimento de certa situação jurídica.

3. Posição concretista individual intermediária

Na posição concretista individual intermediária, o próprio tribunal fixa um prazo para que o órgão competente elabore a norma regulamentadora e, caso este não cumpra sua função, automaticamente o autor tem seu direito de exercício assegurado. Como o próprio nome da posição diz, a decisão produzirá efeitos apenas entre as partes, não se estendendo a terceiros que se encontrem na mesma situação fática e/ou jurídica que o autor. Não há falar, assim, em eficácia *erga omnes* da decisão do mandado de injunção, existindo somente na própria norma regulamentadora, do mesmo jeito que ocorre na posição não concretista.

Sem sombra de dúvidas, há a formação de coisa julgada formal. Esgotados os recursos cabíveis ou o prazo para que fossem interpostos, há o trânsito em julgado e o encerramento do processo. Não existe qualquer maneira de rediscutir a matéria no mesmo mandado de injunção.

Quanto à coisa julgada material, ela existe, mas algumas observações devem ser feitas. Realmente, tem-se por encerrada a discussão da matéria tratada no mandado de injunção, haja vista que este já cumpriu seu objetivo de dar ciência ao órgão competente para a elaboração

da norma regulamentadora. Ocorre que a solução não é tão simples no caso de o autor ter seu direito assegurado pela inércia do órgão notificado a cumprir sua função legislativa.

Não havendo a edição da norma regulamentadora, o próprio Poder Judiciário é quem determinou o exercício do direito fundamental, nos moldes pleiteados pelo autor em consonância com o ordenamento jurídico. Neste caso, há coisa julgada material naquelas circunstâncias fáticas e/ou jurídicas do momento em que a decisão foi proferida. Havendo modificação destas circunstâncias de maneira superveniente ou antes mesmo da decisão, só que com o detalhe que comprovadamente o autor não poderia ter deduzido tais argumentos à época, é possível que a mesma parte impetre novo mandado de injunção, exigindo novo pronunciamento judicial.

Embora as partes sejam as mesmas, a causa de pedir e os pedidos serão diversos, pois novas circunstâncias, tanto fáticas quanto jurídicas, embasam o pleito do impetrante. Deverá ser formada nova coisa julgada material, já que o Tribunal apreciará demanda inédita, com fundamentos diversos daqueles deduzidos no mandado de injunção anterior.

Também não existe qualquer problema com a notificação que deverá ser realizada ao órgão competente para a elaboração da norma regulamentadora, pois esta será feita em razão das novas circunstâncias, as quais terão ciência tanto o notificante, o julgador do mandado de injunção, quanto o notificado, o órgão competente para elaborar a norma regulamentadora. Com a nova notificação, aquele que deverá editar a norma a fará tendo em vista uma situação atualizada, recente. E dessa maneira, as chances de a norma regulamentadora ser editada e publicada em harmonia com a realidade fática e jurídica são maiores.

Hipótese interessante é aquela de ter havido inércia do legislador com o conseqüente resguardo do direito do autor e posterior edição da norma regulamentadora intempestivamente (em relação ao prazo estipulado pelo julgador). A solução parece se encontrar no instituto do direito adquirido⁴¹, conforme a decisão no Mandado de Injunção nº 283. Com a superveniência da norma regulamentadora, decidiu-se que não haveria prejuízo à coisa julgada, mas que o impetrante poderia se utilizar da *lex posteriori* nos pontos que lhe fossem mais favoráveis.

Aproveitando-se do conceito trazido pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, trata-se de direito que pode ser exercido pelo seu titular, tendo como termo pré-fixado o trânsito em julgado da decisão do mandado de injunção ou qualquer outro que o

⁴¹ Em seu *lato sensu*, designando tanto o direito adquirido *stricto sensu*, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

próprio órgão julgador entendeu por bem pré-determinar. Mais que isso, há a proteção do manto da coisa julgada material, que torna a matéria indiscutível dentro e fora do próprio mandado de injunção.

O princípio basilar de direito intertemporal é o da irretroatividade das leis. Conforme os ensinamentos de Ruggiero⁴², no terreno da abstração filosófica, o trabalho legislativo é voltado do presente para o futuro, não podendo submeter as ações humanas pretéritas por atentar contra a estabilidade dos direitos. Com efeito, o efeito retroativo acaba por existir somente quando a própria lei assim estabelece, o que, na prática, se desdobra como uma mera política legislativa pelo exame ponderado do legislador da realidade social na elaboração da lei.

E para o entendimento do funcionamento da lei nova no tempo, diversas correntes doutrinárias se formaram. Elas podem ser divididas em duas grandes posições: as teorias subjetivistas e as teorias objetivistas. As teorias subjetivistas, principalmente representadas por Savigny, Ferdinand Lassalle e Gabba, veem o problema a partir dos direitos subjetivos individuais, isto é, de um direito que fora incorporado ao patrimônio do seu titular pelo império da lei vigente, sendo que lei nova não poderá desincorporá-lo. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro adotou francamente em seu artigo 6º a corrente subjetivista ao proteger da mudança legislativa o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Já as teorias objetivistas, representadas por Henri de Page, Colin e Capitant, Bonnetcase e Paul Roubier, encaram o problema pela situação jurídica criada pela lei, ou seja, pelo respeito ao fato que fora constituído sob o império da lei anterior.

As duas principais teorias sobre a aplicação da lei no tempo – a teoria do direito adquirido e a teoria do fato realizado, também chamada do fato passado – rechaçam, de forma enfática, a possibilidade de subsistência de situação jurídica individual em face de uma alteração substancial do regime ou de um estatuto jurídico⁴³.

A partir desta ideia, a insubsistência de defesa de um direito adquirido, para ambas as teorias, se dá pela inovação de um instituto ou estatuto jurídico, abstrato, e não da norma que rege concretamente o direito adquirido ou a situação jurídica consolidada.

⁴² Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, I, § 19 *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 141

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 411.

Estas hipóteses são trabalhadas pelos próprios pensadores das teorias subjetivistas e objetivistas, que trataram de dar soluções para o problema. Savigny, por exemplo, diferencia as normas concernentes à aquisição de direitos e à existência de direitos.

A primeira, concernente à aquisição de direitos, estava submetida ao princípio da irretroatividade, ou seja, à manutenção dos direitos adquiridos. A segunda classe de normas, que agora serão tratadas, relacionam-se à existência de direitos, onde o princípio da irretroatividade não se aplica. As normas sobre a existência de direitos são, primeiramente, aquelas relativas ao contraste entre a existência ou a não existência de um instituto de direito; assim, as leis que extinguem completamente uma instituição e, ainda, aquelas que, sem suprimir completamente um instituto modificam essencialmente sua natureza, levam, desde então, no contraste, dois modos de existência diferentes. Dizemos que todas essas leis não poderiam estar submetidas ao princípio da manutenção dos direitos adquiridos (a irretroatividade); pois, se assim fosse, as leis mais importantes dessa espécie perderiam todo o sentido⁴⁴.

A regulamentação do exercício de um direito não inaugura um novo estatuto jurídico. O seu ineditismo não se encontra no próprio direito, pois não lhe dá existência. Há puramente a aquisição – fática – de um direito de exercício. A norma, portanto, se encontra entre aquelas concernentes à aquisição de direitos, submetidas ao princípio da irretroatividade.

No mesmo diapasão, o teórico objetivista Roubier traz distinção entre as normas que suprimem ou modificam institutos jurídicos daquelas que suprimem situação jurídica somente para o futuro, sem que afetem o que já fora consolidado ou aperfeiçoado:

Ora, as regras que nos guiaram até aqui, nos conduzirão facilmente à solução: ou a lei é uma lei de dinâmica jurídica, que visa mais os meios de alcançar uma determinada situação do que a própria situação em si, nesse sentido, é uma lei de constituição – ela respeitará as situações já estabelecidas; ou a lei é uma lei de estática jurídica, que visa mais o estado ou a situação em si do que os meios pelos quais ela se constitui, assim, é uma lei relativa aos efeitos de uma situação jurídica, ela se aplica desde o dia da entrada em vigor, sem se aplicar retroativamente às situações já existentes⁴⁵.

Assim, a norma regulamentadora posterior é de aquisição de direitos ou de dinâmica jurídica, pois, sob o manto do princípio da irretroatividade, não afeta direitos já adquiridos ou fatos já realizados. A regulamentação anterior, realizada pelo Supremo Tribunal Federal,

⁴⁴ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Traité de droit romain*. Paris; [s.n.], 1860. p. 503-504.

⁴⁵ ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*. 2ª ed. Paris; Dalloz et Sirey, 1960. p. 213.

continua protegida pelo instituto da coisa julgada, ainda que venha a existir norma regulamentadora posterior.

A alteração posterior dos direitos adquiridos (ou da situação jurídica consolidada) só seria possível pela própria determinação do Poder Judiciário para que os parâmetros por ele definidos subsistam somente até que sobreviesse a norma regulamentadora. Ou ainda, como decidido no Mandado de Injunção nº 283, a utilização da norma posterior pelo impetrante nos pontos que lhe fossem mais favoráveis.

4. Posição concretista individual direta

A posição concretista individual direta muito se aproxima da individual intermediária, com a diferença que a decisão implanta diretamente o direito de exercício ao autor do mandado de injunção, independentemente de comunicação ao órgão competente para a elaboração da norma regulamentadora. Não há, nitidamente, eficácia *erga omnes* na posição concretista individual direta.

Também não há dúvidas de que há a formação de coisa julgada formal. Da mesma forma que nas posições anteriores, esgotados os recursos cabíveis ou não interpostos tempestivamente, há o trânsito em julgado e a matéria se torna indiscutível dentro daquele mesmo processo.

Quanto à existência da coisa julgada material, a solução também é parecida com a da posição concretista individual intermediária, já que a regulamentação se dará pelo próprio órgão jurisdicional. Há coisa julgada material daquelas circunstâncias fáticas e/ou jurídicas deduzidas ou que poderiam ser deduzidas ao tempo da decisão.

Todavia, havendo modificação destas circunstâncias de maneira superveniente ou antes mesmo da decisão, sendo que neste caso comprovadamente o autor não poderia ter deduzido tais argumentos à época, é possível que a mesma parte impetre novo mandado de injunção, exigindo novo pronunciamento judicial. Como na posição concretista individual intermediária, embora as partes sejam as mesmas, a causa de pedir e os pedidos serão diversos, pois novas circunstâncias, tanto fáticas quanto jurídicas, embasam o pleito do impetrante. Haverá nova coisa julgada material, pois se trata de demanda inédita, com fundamentos diversos daqueles deduzidos no mandado de injunção anterior.

Pelo menos em todos os casos analisados para este estudo, o Supremo Tribunal Federal fez a ressalva de que a sua regulamentação valerá enquanto não sobrevier norma regulamentadora do exercício do direito violado. Assim, embora a regra seja a de que o princípio da irretroatividade se aplica à norma regulamentadora frente ao que fora determinado judicialmente⁴⁶, a própria Corte optou por submeter seus efeitos a uma condicionante.

5. Posição concretista geral

Denominou-se posição concretista geral o exercício pela Corte de um estabelecimento de normatividade geral até que o órgão competente produza a devida norma regulamentadora. Sendo assim, as normas criadas pelo Poder Judiciário extrapolarão o limite das partes, disciplinando a relação jurídica de todos que se encontrem em circunstância fática e jurídica semelhante.

Nota-se desde logo que a posição concretista geral inovou ao conceder eficácia *erga omnes* às decisões proferidas em mandados de injunção. Além do caráter subjetivo consolidado pelas posições anteriores, o mandado de injunção passa a ter uma dimensão objetiva, sendo sua decisão aplicável aos demais casos em que direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania têm seu exercício limitado.

Também há a adoção de um efeito vinculante, haja vista que o Poder Executivo e Judiciário não poderão se distanciar daquilo que fora analisado como determinante para a decisão. Deverão, portanto, seguir o procedimento e fundamentos tomados pela Suprema Corte para a análise de casos que se assemelham fática e/ou juridicamente.

Da mesma forma que nas posições anteriores, existe coisa julgada formal, já que se esgotados os recursos cabíveis ou com o decurso do prazo os tornam intempestivos, há o trânsito em julgado e o encerramento da demanda. Não é mais possível rediscutir a matéria no mesmo mandado de injunção.

Quanto à coisa julgada material, a solução muito se assemelha à da solução dada para as posições concretistas individuais, principalmente a concretista individual direta. Como a

⁴⁶ Vide item *supra*.

regulamentação é realizada pelo próprio órgão jurisdicional, para as circunstâncias fáticas e/ou jurídicas deduzidas ou que poderiam ter sido deduzidas no momento em que a decisão é proferida há o manto da coisa julgada material.

Importante relembrar que certos argumentos já podiam existir no momento em que a decisão foi proferida, mas o seu autor estava impossibilitado, por razões práticas ou técnicas, de trazê-los ao debate. Afinal, o alcance da decisão do mandado de injunção neste caso é muito maior, podendo abarcar situações diversas, inesperadas por aqueles que compõem a relação jurídica processual. Assim, não se tratam de circunstâncias que poderiam ter sido deduzidas, não se aplicando o efeito preclusivo referenciado no artigo 474 do Código de Processo Civil.

Neste diapasão, se pelo menos um dos submetidos à regulamentação dada pelo órgão jurisdicional demonstrar que sua circunstância fática e/ou jurídica é diversa e, portanto, a norma regulamentadora se mostra fora de sintonia de suas necessidades para o exercício do direito violado, esta pessoa terá o direito de impetrar mandado de injunção pedindo regulamentação específica para seu caso. Assim, não importa o momento em que o argumento inédito é criado, mas a possibilidade de seu interlocutor de deduzi-lo em juízo, podendo originar nova demanda ainda que aparentemente repetida.

Caso posteriormente à decisão original surjam novas circunstâncias fáticas e/ou jurídicas, a omissão inconstitucional será analisada sob um novo prisma e nova decisão judicial deverá ser proferida. Trata-se, no mesmo sentido das posições concretistas individuais, de nova demanda, com causas de pedir e pedidos diversos.

Também a solução é semelhante no caso de edição de norma superveniente à decisão do órgão jurisdicional. A regra é a de irretroatividade da lei, salvo se o próprio Tribunal estabelecer condições para a manutenção de sua normatividade geral, como foram os casos dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, nos quais se estipulou a aplicação a todos os servidores públicos, no que couber, da Lei nº 7.783/89 enquanto não sobreviesse a lei de greve do funcionalismo público.

CONCLUSÃO

O mandado de injunção, desde a sua criação em 1988 com o advento da Constituição Federal, foi objeto de entendimentos diversos que se sedimentaram um após o outro com o seu uso e conseqüente avanço jurisprudencial. Daquele instrumento que pretendia somente evidenciar uma omissão inconstitucional, passou a dar efetividade ao exercício dos direitos fundamentais violado pela ausência de norma regulamentadora.

Como fora esclarecido no primeiro capítulo, carece o mandado de injunção de legislação regulamentadora específica, aplicando-lhe, no que couber, o rito do mandado de segurança, conforme o parágrafo único do artigo 24 da Lei nº 8.038/90. Como se tratam de instrumentos diversos, o mandado de injunção acaba por ser prejudicado por questões relativamente simples, como a admissibilidade da concessão de liminar ou de ajuizamento de ação cautelar para este fim. Ou, ainda, da legitimidade para ser parte. Todos estes problemas tiveram que ser solucionados através da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo que, de fato, deveriam ser conteúdo de uma lei específica a respeito do mandado de injunção. De fato e ironicamente, há uma ausência de norma regulamentadora do instrumento que cuida da ausência de normas regulamentadoras.

Este problema, aliado à modificação de postura do Supremo Tribunal Federal acerca do alcance das decisões proferidas em mandados de injunção, acaba por repercutir na questão da coisa julgada. A depender da quantidade de atingidos pela decisão e, sobretudo, da atribuição automática ou não do direito de exercício do direito fundamental em apreço, modifica os efeitos da coisa julgada e como suas espécies, formal ou material, são encaradas se em comparação com um comum processo de natureza civil.

A partir deste panorama é que foi realizada uma análise pormenorizada de cada uma das posições do Supremo Tribunal Federal identificáveis pela verificação de suas decisões. Em todas elas não foi identificada qualquer dificuldade quanto à coisa julgada formal, haja vista que, esgotados os recursos cabíveis ou com o decurso do prazo os tornam intempestivos, há o trânsito em julgado e o encerramento da demanda. Não existe outra saída, sob este viés, para entendimento distinto. Contudo, quando se está diante da coisa julgada material, é preciso separar a posição não concretista das posições concretistas, já que estas últimas possuem um detalhe de suma importância, que torna imprescindível seu destaque.

Em todas as posições existe, em princípio, a coisa julgada material. Na posição não concretista, nada há de diferente daquilo que já se encontra no direito processual comum: o trânsito em julgado torna imutável a decisão, não podendo o indivíduo que já teve reconhecida a inexistência de norma regulamentadora de seu direito e em processo que já houve comunicação ao órgão competente da necessidade de sua elaboração propor novo mandado de injunção. Neste sentido, a propositura de um novo mandado de injunção implica em uma ausência de interesse de agir, pois se faz desnecessária nova provocação do Poder Judiciário para reiterar o reconhecimento de certa situação jurídica.

Nas posições concretistas, por sua vez, embora exista a coisa julgada material, esta pode ser superada pelo aparecimento de circunstâncias fáticas e/ou jurídicas diversas, que modificam aquelas reconhecidas no momento da decisão. Tanto faz se preexistentes ou não, desde que não conhecidas no momento da decisão e que sirvam para distinguir o que fora decidido do caso concreto surgido. É de se notar que não há especificamente o afastamento da coisa julgada material, pois a causa de pedir e os pedidos serão diversos, formando assim inédita coisa julgada material. Afinal, o Tribunal apreciará nova demanda, com fundamentos diversos daqueles deduzidos no mandado de injunção anterior.

O detalhamento que diferencia as posições concretistas, sob o ponto de vista da coisa julgada, é sutil. Na posição concretista individual intermediária, só aquele que impetrou o mandado de injunção poderá propor um novo, basicamente em razão da modificação das circunstâncias fáticas, isto é, se sua situação concretamente se modificou, tornando aquele reconhecimento da omissão imprestável ou se a norma regulamentadora posteriormente editada viola direitos adquiridos, não lhe sendo, em nenhum ponto, favorável, ou seja, uma modificação das circunstâncias jurídicas. Na posição concretista individual direta, a solução poderia ser a mesma, mas o Supremo Tribunal Federal optou por condicionar os efeitos de sua decisão até a edição da norma regulamentadora.

Na posição concretista geral, por sua vez, todos os atingidos pela decisão poderão propor novo mandado de injunção se provarem a modificação das circunstâncias fáticas e/ou jurídicas. Além disso, a depender da decisão analisada, pode haver a condicionante de extinção dos efeitos da decisão pela superveniência da norma regulamentadora. Caso não exista, aplica-se a regra da irretroatividade das leis.

Quanto a questão da lei posterior, foi esclarecido que não se trata evidentemente da aquisição de um direito pela decisão, mas a implicação fática do exercício de este direito, já

adquirido e reconhecido na Constituição Federal. Tanto para a teoria objetivista quanto subjetivista do direito adquirido, a insubsistência de um direito adquirido se dá pela inovação abstrata de um instituto, e não da norma que o rege concretamente. Por isso mesmo que, não havendo na própria decisão da Corte qualquer condicionante, não poderá a norma jurídica regulamentadora posterior modificar aquilo que já vinha sendo praticado, escudado pela decisão judicial. As normas regulamentadoras são, nos termos de Savigny e Roubier, normas de aquisição de direitos e de dinâmica jurídica, respectivamente.

Para estes, portanto, não se aplicarão os dispositivos da norma regulamentadora, salvo se assim o Tribunal determinar, ainda que nos pontos que seja mais favorável. A regulamentação poderá ser, portanto, dupla: para parcela dos submetidos àquelas circunstâncias, será aplicada a norma regulamentadora. Para outra, serão aplicados os termos do *decisum* do mandado de injunção.

Em relação aos efeitos da coisa julgada, a análise foi feita em cima da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante. Tanto na visão tradicional quanto na nova perspectiva trazida ao final do segundo capítulo, o resultado é o mesmo quanto ao mandado de injunção. Assim, apesar de se diferenciarem ao conceituar a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante, podem ser vistas de maneira complementar sem prejuízo de suas consequências. A eficácia *erga omnes* extirpa ou mantém no ordenamento jurídico a lei, o que apresentará consequência para todos, relacionando-se diretamente com a validade da norma jurídica. O efeito vinculante, ao “traçar o manual” de interpretação das normas jurídicas, determinando como ela se relaciona com as demais normas, não deixa de ser um mandamento para que os órgãos a ele submetidos respeitem os fundamentos determinantes do julgado, relacionando-se diretamente com a coerência do ordenamento jurídico.

Em relação às posições não concretista e concretistas individuais, não há falar tanto em um quanto em outro, haja vista que referidas posturas lidam com exclusivamente com efeitos *inter partes*, isto é, só se submetem ao que fora decidido aqueles que integram os polos processuais. Pode-se acrescentar ainda a ambos os casos que na posição não concretista nem ao menos haveria como atribuir tais efeitos, já que há mero reconhecimento da existência de uma violação ao exercício de um direito fundamental por ausência de norma regulamentadora.

No caso da posição concretista geral, diferentemente, concluiu-se pela existência de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Como o próprio nome diz, sendo geral, a decisão do mandado de injunção é imputável a todos aqueles que se encontrem nas mesmas circunstâncias fáticas e/ou jurídicas. Sendo para todos, a decisão transcende as partes,

possuindo portanto eficácia *erga omnes*. Em relação ao efeito vinculante, o Poder Judiciário e o Executivo deverão seguir os fundamentos determinantes adotados pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista que a reconhecida omissão inconstitucional atinge a todos aqueles que se encaixam nas circunstâncias fáticas e/ou jurídicas apreciadas.

Neste sentido, todos os órgãos que se depararem com situação semelhante deverão adotar os mesmos fundamentos, assegurando o direito de exercício do direito fundamental em questão, não podendo se escusar deste seu dever imposto judicialmente. Dessa maneira, se assemelhando o caso concreto com aquela situação discutida nos autos do mandado de injunção, não caberá uma nova apreciação pelos órgãos vinculados dos motivos, mas uma mera adoção daquilo que já fora analisado pela Suprema Corte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Sítio do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 25/01/2013.

BRASIL. Sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 25/01/2013.

BRASIL. Sítio do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em 25/01/2013.

BRASIL. Sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br>. Acesso em 25/01/2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 2. 4ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil Vol. 2: Processo de Conhecimento*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes; *et al.* *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Report of the Constitutional Court of Spain, in: XIVth Congress of the conference of European constitutional court, *Problems of legislative omission in constitutional jurisprudence*. Disponível em: http://www.confcoconsteu.org/reports/rep-xiv/report_Spain_en.pdf. Acesso em 25/01/2013.

ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*. 2ª ed. Paris; Dalloz et Sirey, 1960.

RUGGERI, Antonio. *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*. Disponível em: <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200210/doc/ruggeri.doc>. Acesso em 25/01/2013.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Traité de droit romain*. Paris; [s.n.], 1860.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Mandado de injunção e direitos sociais*. LTr, n. 53, 1989.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil Volume I*. 47ª ed. Belo Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização*. In: *Coisa julgada inconstitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso Avançado de Processo Civil V. 1*. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2008.