

MANDADO DE SEGURANÇA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso

re -

HIPÓTESE DE AUSÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA DO DIREITO AO AVISO-PRÉVIO PROPORCIONAL — SE É CABÍVEL - COMPETÊNCIA

RESUMO

- No MI nº 95-6-RR, em que se discutiu matéria igual, proferi o seguinte voto, que adoto, no caso: "O que sustento, e assim o fiz em trabalho doutrinário que escrevi sobre o tema - "As Novas Garantias Constitucionais", em RDA 177/14 - e em votos que proferi no Superior Tribunal de Justiça e nesta Suprema Corte, é que a competência para o julgamento da injunção firma-se não em razão da pessoa ou órgão que deva suportar os efeitos da sentença, mas em razão da autoridade ou órgão incumbido da elaboração da norma regulamentadora. É isto o que está posto na alínea "g" do inciso I do art. 102 da Constituição, em relação ao Supremo Tribunal Federal, e na alínea "h" do inciso I do art. 105 da Constituição, em relação ao Superior Tribunal de Justiça. - Quer dizer: o mandado de injunção pode ser requerido contra a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que deva suportar os efeitos da sentença, que atuará em litisconsórcio com a autoridade ou entidade incumbida da elaboração da norma regulamentadora, fixando esta a competência do órgão julgador. - Figuremos um exemplo, que é, aliás, a hipótese dos autos: a Constituição estabelece que o empregado tem direito a aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei (CF, art. 7º, XXI). Um empregado de dez anos de casa tem direito, evidentemente, a aviso-prévio superior a um outro de apenas um ano. A Constituição confere-lhe o direito, direito, entretanto, inócuo, dada a inexistência da lei regulamentadora expressamente prevista (art. 7º, XXI). O mandado de injunção, pois, que tem caráter substantivo, fará as vezes da norma infraconstitucional ausente e integrará o direito ineficaz, ineficaz em razão da ausência da norma regulamentadora, à ordem jurídica. No trabalho que produzi a respeito do tema, escrevi: "Registre-se que o mandado de injunção tem caráter substancial, ao contrário do mandado de segurança, que é mais instrumento processual de realização de direito líquido e certo, isto é, direito subjetivo, direito subjetivo que decorre de uma relação fático-jurídica, fato-direito objetivo, em que os fatos devem estar comprovados de plano. O mandado de injunção, por ter caráter substantivo, faz as vezes da norma infraconstitucional ausente e integra o direito ineficaz, em razão da ausência dessa norma infraconstitucional, à ordem jurídica, assim na linha da lição de CELSO BARBI, no sentido de que o juiz cria "para o caso concreto do autor da demanda uma norma especial", ou adota "uma medida capaz de proteger o direito reclamado". Acrescenta o mestre mineiro: "Essa solução está de acordo com a função tradicional da sentença, que é resolver o caso concreto levado ao Poder Judiciário, mas limitando a eficácia apenas a esse caso, sem pretender usurpar funções próprias de outros poderes". ("As Novas Garantias Constitucionais", RDA, 177/14, 24). - Ou se entende assim, ou se esvazia a nova garantia constitucional. - Esta egrégia Corte entendeu que, com o mandado de injunção, obtém-se o mesmo que se obtém através da ação direta de inconstitucionalidade. Vale dizer, procedente a ação do mandado de injunção, simplesmente dá-se ciência ao órgão incumbido de elaborar a norma regulamentadora de que está ele omissa. Divirjo, "data venia", desse entendimento, enten dimento que esvazia a nova garantia constitucional. - A diferença entre mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão, lembrei no trabalho que escrevi a respeito e que está linhas atrás mencionado, está justamente nisto: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional genérico, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de trinta dias (CF, art. 103, parágrafo 2º). No mandado de

injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável, em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável (CF, art. 5º LXXI). - O inciso LXXI do art. 5º parece-me claro quando estabelece que a concess

EMENTA

O inciso LXXI do art. 5º parece-me claro quando estabelece que a concessão do mandado de injunção importa viabilizar o exercício de direito e liberdade constitucional ou de prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania e à cidadania. A disposição inscrita, a seu turno, no parágrafo 2º do art. 103 é noutro sentido: a procedência da ação para tornar efetiva norma constitucional resulta, simplesmente, no dar ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. (Ementa Trecho do Acórdão).

NOTA DA REDAÇÃO

RDA