

ano 15 - n. 62 | outubro/dezembro - 2015
Belo Horizonte | p. 1-266 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL

A&C

 EDITORA
Fórum

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2015 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - - Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review). Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Daniel Wunder Hachem
Ana Cláudia Finger

Assessor Editorial
Felipe Klein Gussoli

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juarez Freitas (UFRGS)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Nelson Figueiredo (UFG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clémerson Merlin Clève (UFPR)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Emerson Gabardo (UFPR)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Eros Roberto Grau (USP)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Carlos Abraão (UEL)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Yara Stroppa (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Mandado de injunção e vedação ao retrocesso: a construção da parametricidade relativa

Vanice Regina Lírio do Valle

Professora Permanente do Programa de Pós-graduação da Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro – RJ). Pós-doutora em Administração pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (Rio de Janeiro – RJ). Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho (Rio de Janeiro – RJ). Visiting Scholar no Human Rights Program da Harvard Law School (Cambridge – Estados Unidos). Procuradora do Município do Rio de Janeiro. E-mail: <vanicevalle@gmail.com>.

Renata de Marins Jaber Maneiro

Mestranda em Direito Público e Evolução Social, Acesso à Justiça e Efetividade do Processo pela Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro – RJ). Professora de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro – RJ). Advogada. E-mail: <renatajaber@gmail.com>.

Resumo: Ultrapassada a questão sobre a natureza da sentença em mandado de injunção, admitindo-se a declaração de inconstitucionalidade por omissão, acrescida da indicação ou criação do critério normativo para viabilizar o exercício do direito, novas indagações surgem. Questão que necessita de maior atenção, ainda pouco debatida na doutrina e jurisprudência, é a relação entre a coisa julgada formada na via injuncional e o advento da lei. Foi pensando em suas imbricações que surgiu o objeto de cogitação deste artigo: aplica-se o princípio da vedação ao retrocesso à legislação regulamentadora superveniente à sentença concessiva da ordem de injunção? Em caso positivo, é possível considerar a existência de relação de subordinação entre o conteúdo da decisão judicial e a lei? Para responder a hipótese, inicialmente, faz-se necessário desenvolver abordagem sobre as teorias quanto à eficácia subjetiva da coisa julgada em sede de injunção, para verificação daquela adotada pela Suprema Corte, e, eventualmente, delimitar o âmbito de aplicação da cláusula de vedação ao retrocesso. Posteriormente, segue-se ao desiderato de sistematizar a relação entre coisa julgada e superveniência da lei, com base em características peculiares atreladas ao mandamus. A conclusão se dá no sentido de que o princípio da vedação ao retrocesso é aplicável em circunstâncias específicas nos limites do núcleo essencial do direito fundamental; concluindo-se, por fim, que o Legislativo poderá restringir os parâmetros normativos do exercício do direito enunciados pela Corte, desde que de forma fundamentada.

Palavras-chave: Mandado de Injunção. Coisa julgada. Superveniência da lei. Vedação ao retrocesso. Parametricidade relativa.

Sumário: 1 Introdução: considerações gerais sobre o mandado de injunção – 2 Efeitos subjetivos da coisa julgada: entre a teoria da resolatividade e a teoria da independência jurisdicional – 3 Coisa julgada e superveniência de lei – 4 Aplicabilidade da garantia de vedação ao retrocesso com base no critério normativo utilizado pelo STF: um discurso voltado à parametricidade relativa – Considerações finais – Referências

1 Introdução: considerações gerais sobre o mandado de injunção

O mandado de injunção é garantia constitucional prevista no art. 5º, inc. LXXI, da Constituição de 1988 de forma inédita no Brasil e sem precedente no Direito comparado,¹ que tem por objetivo a proteção de direitos fundamentais cujo exercício esteja inviabilizado por omissão legislativa. Em razão de tal excepcionalidade, aliada à inexistência de norma regulamentadora do próprio desenvolvimento do processo de mandado de injunção,² juristas e a Suprema Corte empenham-se em esforços para interpretá-lo ao longo desses vinte e seis anos de promulgação da Carta Magna.³

A jurisprudência da Corte consolidou o seu posicionamento acerca de determinadas questões, tais como, legitimidade ativa e possibilidade de impetração coletiva,⁴ legitimidade passiva e ausência de litisconsórcio necessário,⁵ caracterização e natureza da omissão constitucionalmente relevante,⁶ bem como, a partir de 2007, sedimentou o entendimento em relação ao conteúdo da sentença.

Portanto, hodiernamente, não remanesce dúvida que o mandado de injunção tem por essência tornar viável o exercício de direito subjetivo constitucional pendente de regulamentação, sendo necessária não só a declaração de inconstitucionalidade por omissão, como também a proposição do critério jurídico superador do bloqueio ao exercício do direito fundamental, em caso de concessão da ordem. Ocorre que, uma vez aceita a

¹ Sobre a ausência de precedência, destaca Borges: “o mandado de injunção tem características tipicamente brasileira, ou seja, não surgiu do direito alienígena” (BORGES, Nilton Alexandre. Os efeitos da decisão do mandado de injunção. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2009. p. 605-606). Sem prejuízo do que ora se afirma, é possível constatar algumas similitudes com a injunction do Direito inglês, writ of injunction do Direito norte-americano e verfasungsbeschwerde do Direito alemão (cf.: PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 176-178).

² Ab initio, firmou-se o entendimento de que o writ em cotejo é garantia constitucional autoexecutável, não dependendo de norma jurídica que o regulamente, “aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator” (STF. MI nº 107 QO-DF. Relator Min. Moreira Alves. Pleno. Julgamento: 23.11.1989. DJ, 21set. 1990. Ementa. Acesso em: 18 nov. 2014). Cabe mencionar que, atualmente, o parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.038/1990 determina expressamente a aplicação da lei de mandado de segurança (atual Lei nº 12.016/2009) ao procedimento de mandado de injunção, no que couber.

³ Cf.: VALLE, Vanice Regina Lírio do. A Construção de uma Garantia Constitucional: Compreensão da Suprema Corte Quanto ao Mandado de Injunção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; HACHEM, Daniel Wunder. Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁴ BRASIL. STF. MI nº 361-RJ. Pleno. Rel. p/ Acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 08.04.1994. DJ, 17 jun. 1994. Acesso em: 20 fev. 2014; BRASIL. STF. MI nº 472-DF. Pleno. Min. Celso de Mello. Julgamento: 06.09.1995. DJ, 02 mar. 2001. Acesso em: 20 fev. 2014.

⁵ BRASIL. STF. MI QO nº 352-RS. Pleno. Rel. Min. Néri da Silveira. Julgamento: 04.09.1991. DJ, 12 dez. 1997. Último acesso em: 21 ago. 2014; BRASIL. STF. AgRg no MI nº 1011-SE. Pleno. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 14.05.2014. DJ, 04 jun. 2014. Acesso em: 06 set. 2014.

⁶ Quanto à caracterização, a depender de ausência de norma regulamentadora que inviabilize o exercício de direito subjetivo constitucional, cf. BRASIL. STF. MI nº 543. Pleno. Rel. Min. Nelson Jobim. Julgamento: 26.10.2000. DJ. Acesso em: 27 nov. 2014. Quanto à natureza, a omissão pode ser total ou parcial, cf.: BRASIL. STF. QO MI nº 107-DF. Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento: 23.11.1989. DJ, 21 set. 1990. Acesso em: 30 jul. 2014.

enunciação da solução normativa como conteúdo necessário da sentença de procedência, surgem novas controvérsias, sobretudo no que se refere aos efeitos subjetivos e temporais da coisa julgada.⁷

Eis a atual problemática ainda não pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, a ser desenvolvida na presente pesquisa, visto que a teoria adotada quanto à eficácia subjetiva da coisa julgada influencia na possibilidade ou não de aplicação do princípio de vedação ao retrocesso ao referido parâmetro; bem como os efeitos temporais da solução normativa apontada na decisão, dependendo da natureza instantânea ou continuativa da relação jurídica, gera consequências distintas no tratamento da matéria quando da superveniência da lei.

Assim, o artigo pretende abordar primeiramente as teorias quanto à eficácia subjetiva da coisa julgada, para investigação daquela adotada pela Suprema Corte; posteriormente, na segunda parte, será perquirida a relação entre coisa julgada e superveniência da lei na sistemática do mandado de injunção; e, por fim, na terceira parte, realizar-se-á exposição sobre o princípio da vedação ao retrocesso, com a indicação de quais situações merecem ser examinadas sob essa perspectiva, sustentando-se a existência de uma determinação relativa pela sentença no que toca à futura atuação legislativa.

2 Efeitos subjetivos da coisa julgada: entre a teoria da resolutividade e a teoria da independência jurisdicional

A Suprema Corte oscila entre a concessão da ordem de injunção com efeitos inter partes (teoria da resolutividade) e efeitos erga omnes (teoria da independência jurisdicional), o que demonstra que a questão está longe de ser pacífica.

No que se refere à teoria da resolutividade, o Supremo Tribunal Federal veio a adotá-la pela primeira vez com o julgamento do MI nº 721, ao regulamentar o direito à aposentadoria especial de servidor público, constando da respectiva ementa que, em se tratando “de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada”.⁸

Nesta esteira de raciocínio, o mandado de injunção teria por essência tornar viável o exercício de direito subjetivo constitucional pendente de regulamentação no caso concreto; hipótese em que o parâmetro a ser utilizado como critério de regulamentação do direito produzirá efeitos inter partes. Como adepta dessa tese, Piovesan observa que “caberá ao Poder Judiciário criar norma de decisão para o caso concreto, dentro da teolo-

⁷ A possibilidade jurídica de fixação de prazo para que o órgão, entidade ou autoridade omissa regulamente o direito fundamental – e com isso torne desnecessária a aplicação do critério judicialmente proposto; bem como a forma pela qual o exercício desse direito será viabilizado também são questões em pauta na Corte, mas que não serão abordadas no presente estudo, por fugirem ao objeto de cogitação.

⁸ BRASIL. STF. MI nº 721-DF. Pleno. Min. Rel. Marco Aurélio. Julgamento: 30.08.2007. DJ, 30 nov. 2007. Acesso em: 30 jul. 2014.

gia do sistema normativo existente, sendo-lhe vedado editar normas de regulação gerais e abstratas”.⁹

Já a teoria da independência jurisdicional parte da premissa de que a omissão constitucionalmente relevante deve ser suprida no ordenamento jurídico como um todo, o que significa que a respectiva normatização terá efeitos erga omnes.¹⁰ Argumenta-se que, para a efetiva remediação, “a decisão judicial se estenderia abstratamente até mesmo para aqueles que não pediram a tutela jurisdicional, substituindo assim, em todos os termos, o órgão responsável pela edição da norma faltante”.¹¹

No julgamento dos MIs n.ºs 670, 708 e 712,¹² que regulamentou o direito de greve do servidor público, ficou consignado nos respectivos acórdãos que os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio foram vencidos na parte em que pretendiam limitar a decisão à categoria representada pelo sindicato, o que indica que houve a intenção da maioria vencedora, de conceder efeitos erga omnes. Nesse sentido, oportuno transcrever os apontamentos de Benvindo:

[...] de seu entendimento preliminar, manifestado no MI-QO 107 em 1989, a respeito de sua autoaplicabilidade com eficácia erga omnes, acompanhada de uma clara desnaturação de seu potencial de efetivação de direitos no caso concreto, a sua autoaplicabilidade também com eficácia erga omnes, porém trazendo a possibilidade da jurisdição construir a norma aplicável, como se deu no julgamento dos MIs 670, 708 e 712 em 2007, referentes ao direito de greve do servidor público. De uma resposta tímida ao potencial dessa ação mandamental, que apenas declarava a mora do Parlamento, à busca de definição de direitos para além do caso concreto – eis a nova configuração do mandado de injunção.¹³

Assim, com base nesses julgados, Mazzei menciona que a Corte sinalizou, ao menos

⁹ PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev. atua. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 158.

¹⁰ PASSOS, J. J. Calmon de. Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, Constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 123.

¹¹ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). 5. ed. rev. atua. e ampl. Ações Constitucionais. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 228. Insta salientar que Mazzei não se filia à referida teoria.

¹² BRASIL. STF. MI n.º 670-ES. Pleno. Rel. Min. Maurício Corrêa. Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 25.10.2007. DJ, 31 out. 2008. Acesso em: 31 jul. 2014; BRASIL. STF. MI n.º 708-DF. Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 25.10.2007. DJ, 31 out. 2008. Acesso em: 31 jul. 2014; BRASIL. STF. MI n.º 712-PA. Pleno. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento: 25.10.2007. DJ, 31 out. 2008. Acesso em: 30 jul. 2014.

¹³ BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de Injunção em Perigo: Os Riscos da Abstração de Seus Efeitos no Contexto do Ativismo Judicial Brasileiro. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, ano 5, 2011/2012, p. 5. Importante esclarecer que o autor assevera sua compreensão de que tenha a Corte optado pela adoção de efeitos erga omnes nesses julgados relativos ao direito de greve de servidor público – escolha teórica que, ao seu sentir, não seria a mais adequada, como está a sugerir o próprio título do citado texto.

no caso do direito de greve, para a adoção da teoria da independência jurisdicional.¹⁴ De fato, o Ministro Relator Eros Grau no julgamento do MI nº 712, afirmou que os “parâmetros não de ser definidos por esta Corte de modo abstrato e geral, para regular todos os casos análogos, visto que norma jurídica é o preceito, abstrato, genérico e inovador”,¹⁵ devendo ocorrer a integração homogênea no ordenamento jurídico como um todo.

Em trabalhos anteriores,¹⁶ já se apontou a necessidade de conferir caráter principal ao pedido de declaração de inconstitucionalidade, que envolve a análise de mérito da ausência da norma regulamentadora do direito fundamental e, conseqüentemente, no dispositivo da sentença, o reconhecimento da inércia legislativa com a respectiva indicação em abstrato dos critérios de solução normativa (efeito erga omnes). Nessa linha, o referido pleito teria caráter autônomo em relação ao pedido de satisfação do direito fundamental, em que se analisam as circunstâncias fáticas do caso concreto com a respectiva subsunção dos parâmetros criados pela Corte (efeito inter partes). Disso decorreria conferir-se ao mandado de injunção uma natureza híbrida de controle de constitucionalidade abstrato, no que se refere à declaração da omissão, e controle concreto, com relação à viabilização do direito.¹⁷

Importante esclarecer que em posteriores julgamentos, não somente em sede de injunção, mas também no âmbito de reclamações, a questão continuou recebendo tratamento assistemático. Assim é que, a exemplo dos MIs nºs 788, 795 e 1.083,¹⁸ tornando o Tribunal Constitucional a se manifestar sobre a aposentação prevista no art. 40, parágrafo 4º, da Constituição Federal, adotou a Lei nº 8.213/91 (art. 57) como critério para a efetivação do direito no caso concreto com efeito inter partes. Curiosamente – eis que a opção pelo caráter inter partes da coisa julgada significava manter aberta a porta para novas impetrações nessa mesma matéria – a Corte optou posteriormente por delegar a análise dessa quaestio à decisão unipessoal, e, finalmente, com a aprovação da Súmula Vinculante nº 33,¹⁹ veio a emitir pronunciamento que permite a transcendência de sua conclusão anterior para outros servidores públicos que não os impetrantes.

No exame de outra temática, quando da apreciação do direito ao aviso prévio pro-

¹⁴ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). 5. ed. rev. atua. e ampl. Ações Constitucionais. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 239-241.

¹⁵ Afirmativa semelhante também constou dos votos do Min. Rel. Gilmar Mendes nos MIs nºs 670 e 708 (v. nota 14).

¹⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Mandado de injunção, um enredo em andamento: seis personagens à procura de um autor. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, n. 51, p. 8-11, 2013.

¹⁷ Como mencionado anteriormente (nota 9), não se encontra muito bem sedimentada a orientação do Supremo sobre se a satisfação do direito fundamental no caso concreto deve ocorrer em sede de mandado de injunção ou se deve ocorrer por via administrativa ou judicial própria.

¹⁸ BRASIL. STF. MI nº 788-DF. Pleno. Rel. Min. Carlos Britto. Julgamento: 15.04.2009. DJ, 08 maio 2009. Acesso em: 29 nov. 2014; BRASIL. STF. MI nº 795-DF. Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 15.04.2009. DJ, 22 maio 2009. Acesso em: 29 nov. 2014; BRASIL. STF. MI nº 1.083-DF. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 02.08.2010. DJ, 03 set. 2010. Acesso em: 29 nov. 2014.

¹⁹ Súmula Vinculante nº 33: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, §4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica” (Sessão Plenária de 09 de abril de 2014, DJE, n. 77, 24 abr. 2014 (p. 1) e DJU, 24 abr. 2014 (p. 1)).

porcional ao tempo de serviço, o Ministro Relator Gilmar Mendes apontou para a “possibilidade de as decisões nos mandados de injunção gerarem efeitos concretos não somente em razão do interesse jurídico de seus impetrantes, estendendo-os também aos demais casos que guardem similitude”,²⁰ cuja ordem de injunção foi concedida à unanimidade, sem qualquer ressalva.

No que se refere às reclamações, a Corte gravita entre o acolhimento e a rejeição, na maioria das vezes examinando os limites subjetivos de sua própria decisão proferida anteriormente em sede de injunção. No julgamento da Rcl nº 18.122,²¹ o Ministro Ricardo Lewandowski destacou expressamente em decisão monocrática que os acórdãos paradigmáticos dos MIs nºs 670, 708 e 712 foram proferidos com eficácia erga omnes e efeitos vinculantes – o que em tese autorizaria a reclamação. Oportuno observar que ele mesmo, na ocasião, ficou vencido quanto a essa questão. Diferentemente, no julgamento da AgRg na Rcl nº 13.198-DF, a Min. Cármen Lúcia, ao afastar o cabimento da reclamação constitucional destacou que as “decisões apontadas como descumpridas foram proferidas em processos subjetivos e os efeitos das decisões neles proferidas, limitam-se às partes que figuraram naquela relação processual”.²² Salienta-se que o caso tratava de aposentadoria especial, hipótese em que os writs, de fato, não foram julgados com eficácia erga omnes; sendo que a circunstância reclamada, bem como o próprio ajuizamento da reclamação e respectivos agravos interpostos foram anteriores à edição da já referida Súmula Vinculante nº 33. Verifica-se, pois, que a oscilação entre o acolhimento e a rejeição da reclamação constitucional tendo em conta decisões prévias proferidas em injunção, normalmente é reflexo da ausência de uniformidade no tratamento com relação aos efeitos subjetivos da coisa julgada.

Revela, ainda, a oscilação do STF no tocante à universalização da tese de que o critério jurídico de solução fixado em injunção deve se estender erga omnes, a seguinte circunstância: se com relação ao direito à aposentação de servidor público (em que a ordem foi concedida com efeitos inter partes), editou-se a Súmula Vinculante nº 33; já no tema do direito de greve de servidor público (cuja decisão em tese, teve efeitos erga omnes), consignou-se tão somente que os writs futuramente impetrados deveriam ser julgados por decisão monocrática. Na primeira hipótese, a Corte oscila entre a deferência, não concedendo efeitos erga omnes à decisão em mandado de injunção que trata de interesse transcendental, e a vinculatividade de suas decisões, ao aprovar a referida súmula;²³ na se-

²⁰ STF. MI nº 943-DF. Pleno. Min. Relator Gilmar Mendes. Julgamento: 06.02.2013. Publicação: 30.04.2013. Voto. p. 10. Acesso em: 29 nov. 2014.

²¹ Cf.: BRASIL. STF. Rcl nº 18.122-SC. Decisão Monocrática. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 05.08.2014. DJ, 08 ago. 2014. Acesso em: 29 nov. 2014. No mesmo sentido: cf., BRASIL. STF. Rcl nº 18203. Decisão Monocrática. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento: 29.08.2014. DJ, 03 mar. 2014. Acesso em: 29 nov. 2014.

²² Cf.: BRASIL. STF. AgRg na Rcl nº 13.198-DF (segundo). Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 10.04.2014. DJ, 28 abr. 2014. Inteiro teor, p. 7. Acesso em: 29 nov. 2014.

²³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Mandado de injunção, um enredo em andamento: seis personagens à procura de um autor. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, n. 51, p. 14-15, 2013.

gunda, quando resolve avançar no tratamento expansivo e isonômico, em seguida recua para limitar a aplicação do parâmetro aos futuros mandamus que vierem a ser impetrados, o que demonstra que a questão não foi tratada essencialmente de maneira abstrata.²⁴ Em verdade, se alguma razão fez com que no primeiro caso a matéria fosse tratada concretamente, a mesma ratio deveria ter impedido que se editasse súmula vinculante; por sua vez, a concessão de efeitos erga omnes deveria resultar na negativa de concessão da ordem em futuros writs, por ausência de omissão constitucionalmente relevante, devendo a matéria eventualmente ser veiculada tão somente em sede de reclamação. Entretanto, o que se tem em concreto é a afirmação de que o acórdão em injunção por si só não seria suficiente a transcender os limites subjetivos da demanda – daí o recurso à Súmula Vinculante como instrumento destinado a alcançar esses mesmos efeitos. Já no direito de greve, teve-se por suficiente o acórdão no leading case correspondente – suficiente não só à ampliação dos limites subjetivos, mas também à dispensa da análise colegiada.

Cabe, ainda, traçar considerações sobre a teoria mista maior (mix entre teoria da resolatividade e da independência jurisdicional), a qual defende que o mandado de injunção tem por essência tornar viável o exercício de direito subjetivo constitucional pendente de regulamentação no caso concreto ou suprir a respectiva omissão do ordenamento jurídico como um todo, a depender da repercussão do direito a ser regulamentado; para tanto, faz-se necessária a declaração de inconstitucionalidade por omissão com a respectiva normatização, que terá efeitos inter partes ou erga omnes, a depender do caso sub judice. Como adepto, menciona Hachem: “À decisão prolatada no mandado de injunção, por conseguinte, podem ser emprestados os efeitos inter partes ou erga omnes, variando conforme as exigências concretas das situações de direito material”.²⁵ O autor parte da premissa de que o processo deverá atender às exigências do direito material, a ensejar técnicas processuais idôneas às tutelas dos direitos, sustentando que a variação casuística da eficácia subjetiva da coisa julgada depende da verificação da natureza e da função predominante do direito fundamental.²⁶ Nessa visão, a delimitação dos efeitos da decisão não pode se revestir de juízo discricionário, o que levaria a uma quebra sistêmica;²⁷ razão pela qual a tutela expansiva somente será concedida nos casos em que tal solução seja indispensável para a efetiva proteção e/ou viabilização do direito.

²⁴ A questão perpassa pela timidez da Corte em assumir que tenha funções normativas de maior alcance, fora da súmula vinculante, de forma que tal pronunciamento – tipicamente jurisdicional – é claramente assumido como possibilidade constitucional para alcançar a ampliação de efeitos (ao menos em relação à Administração Pública).

²⁵ HACHEM, Daniel Wunder. Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 178-179.

²⁶ HACHEM, Daniel Wunder. Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 174-179.

²⁷ Cabe destacar que Hachem também critica a dessintonia com que a Suprema Corte vem tratando a matéria, cf: HACHEM, Daniel Wunder. Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 154-155. Ver também: HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, p. 129-166, out./dez. 2009.

No ponto, cumpre esclarecer que o art. 9º, caput e parágrafo primeiro, do Projeto de Lei nº 6.129/09 determinou como regra a eficácia subjetiva limitada às partes, mas previu a possibilidade de conferir eficácia ultra partes ou erga omnes, a depender da inerência ou indispensabilidade da medida ao exercício do direito.²⁸ Não é ocioso destacar que tal projeto derivou do próprio Judiciário, à medida que é oriundo da proposição encaminhada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes e pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Teori Zavascki, com base nas diretrizes do II Pacto Republicano.

A incorporação de tal regulamentação no ordenamento jurídico, de acordo com as observações de Benvindo,²⁹ pode trazer os seguintes riscos: 1) confusão entre discurso de justificação (ou argumentação), próprio do Legislativo, e discurso de adequação (ou aplicação), próprio do Judiciário, o que pode resultar em grave indistinção entre Direito e Política, e, conseqüentemente, interferir na separação dos poderes; 2) a cláusula de inerência ou indispensabilidade autorizadora da concessão da eficácia ultra partes ou erga omnes é extremamente vaga, sendo que “direitos, liberdade e prerrogativas individuais, sob o prisma deontológico, não podem ser condicionados a uma premissa de abstração para que sejam garantidos”.³⁰ Quanto ao primeiro apontamento, a questão será melhor desenvolvida no item 4 deste artigo. Já com relação ao segundo, por óbvio tal comando não pode representar um sinal verde para que a Suprema Corte conceda ou não eficácia expansiva discricionariamente; por isso, ressalta-se a necessidade de fundamentação, o que não vem ocorrendo, e mais, propugna-se pela criação de parâmetros objetivos com a função de standards a conduzir a adjudicação de efeitos inter partes ou erga omnes, o que também será melhor tratado no item 4 do presente trabalho.

Diante dessa perspectiva de diferenciação entre discurso de adequação e justificação, supõe-se que a variação da eficácia subjetiva da coisa julgada exerce influência no que se refere à aplicabilidade do princípio da vedação ao retrocesso; antes, porém, que esse tema possa ser desenvolvido, faz-se mister traçar considerações sobre a denominada eficácia temporária da coisa julgada em mandado de injunção, o que passa a se fazer no item seguinte.

3 Coisa julgada e superveniência de lei

A coisa julgada é a situação jurídica consistente na imutabilidade e indiscutibilidade

²⁸ Art. 9º: “A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora”. Parágrafo 1º: Poderá ser conferida eficácia ultra partes ou erga omnes à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração.

²⁹ BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de Injunção em Perigo: Os Riscos da Abstração de Seus Efeitos no Contexto do Ativismo Judicial Brasileiro. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, ano 5, 2011/2012, 22p.

³⁰ BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de Injunção em Perigo: os Riscos da Abstração de Seus Efeitos no Contexto do Ativismo Judicial Brasileiro. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, ano 5, 2011/2012, p. 18, nota 45.

da sentença com resolução de mérito transitada em julgado e de seu conteúdo,³¹ de forma que lei posterior não poderá atingir as relações e obrigações já solucionadas e consolidadas por força da norma do caso concreto constante do disposto de uma decisão judicial definitiva.³² A proteção dessa nova situação jurídica imutável decorre da cláusula geral de segurança jurídica, não podendo a lei retroagir em prejuízo da coisa julgada, conforme se verifica do disposto no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal.

Ocorre que o conteúdo da sentença proferida no processo de mandado de injunção possui peculiaridades: é revestido (em princípio) de caráter provisório³³ e pode recair sobre relações jurídicas continuativas. No que se refere à provisoriedade, é importante reconhecer que o Judiciário ao conceder a ordem de injunção está atuando sobre uma situação excepcional de infidelidade constitucional, de forma que os critérios apontados pelo Supremo Tribunal Federal como solução normativa deverão ter caráter temporário, até que o próprio braço especializado de Poder rompa a circunstância de apartamento da determinação constitucional e elabore a lei regulamentadora reclamada. Nesse aspecto, aliás, reside um dos fundamentos para se afirmar que o reconhecimento da possibilidade da Corte fixar o critério jurídico de solução (e viabilizar o exercício do direito fundamental paralisado pela inércia deliberativa) não importe em violação ao princípio de equilíbrio e harmonia entre os poderes:

Se a decisão judicial, portanto, exarada no MI, não afasta a possibilidade da edição da norma abstrata de conduta, por iniciativa e com a intervenção do órgão, poder ou autoridade a quem se reconheça essa atribuição, certo está que não se estaria a reconhecer ao Judiciário, na hipótese, função idêntica àquela que exerce o próprio Poder Legislativo, que não restaria esvaziado em

³¹ Vale transcrever trecho das lições de Câmara: “A nosso juízo a coisa julgada se revela como uma situação jurídica. Isto porque, com o trânsito em julgado da sentença, surge uma nova situação, antes inexistente, que consiste na imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da sentença, e a imutabilidade e a indiscutibilidade é que são, em verdade, a autoridade de coisa julgada” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 9 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. I, p. 468). No mesmo sentido: cf., DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 425-426. Cabe mencionar, no entanto, que o Código de Processo Civil de 1973 sofreu forte influência de Liebman, para quem a coisa julgada material seria a qualidade dos efeitos principais da sentença (LIEBMAN, Eurico Tullio. Eficácia e Autoridade da Sentença. In: BUZAID, Alfredo; AIRES, Benvindo [trad.]. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 23). A crítica aqui cabível é no sentido de que, em verdade, os efeitos da sentença são por natureza mutáveis, bastando se pensar em uma sentença condenatória cuja prestação imposta venha a ser cumprida, espontânea ou forçadamente, em que nada restará do efeito condenatório decorrente do conteúdo da decisão judicial definitiva, embora subsista a situação jurídica de coisa julgada, uma vez que a obrigação conteúdo da sentença condenatória continuará inabalável (CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 9 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. I, p. 465).

³² O Judiciário, mediante atividade cognitiva exauriente de mérito, definirá o conteúdo da norma jurídica individualizada (ou concreta), estabelecendo os termos da relação jurídica que envolve as partes em litígio no dispositivo da sentença definitiva (DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 287-288 e 305-306).

³³ Mazzei leciona: “[...] a coisa julgada no mandado de injunção será bem diferenciada do que ocorre nas ações comuns, ou mesmo em outros writs, pois a decisão busca ocupar um espaço transitório, até que seja editada a regulamentação normativa” (MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Ações Constitucionais. 5 ed. rev. atua. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 265, grifo do autor).

seu papel institucional, que poderia a qualquer momento ser exercido, gerando seus devidos efeitos para as situações que se apresentem posteriormente à retomada da normalidade funcional.³⁴

A questão que aqui se coloca é saber se o advento da lei poderá ou não retroagir para alcançar as relações jurídicas anteriormente regulamentadas pela decisão judicial. Indaga-se, pois, se a coisa julgada é “absolutamente ou relativamente transitória”;³⁵ o que significa dizer que, aceitando esta última hipótese, a legislação superveniente somente poderá retroagir para atingir os impetrantes e beneficiados com a decisão judicial caso seja mais favorável, ou, aquiescendo com aquela primeira hipótese, a lei sempre deverá retroagir independentemente do seu teor.

O tema foi objeto de análise no MI nº 283, sobre o direito à reparação econômica aos impedidos de exercer sua profissão no período de ditadura militar na forma do art. 8º, parágrafo 3º, do ADCT, em que ficou consignado, por maioria, que “a superveniência da lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior nos pontos em que lhe for mais favorável”;³⁶ adotando-se a tese da coisa julgada relativamente transitória. Os votos vencidos³⁷ tiveram por fundamento a inaceitabilidade de o impetrante receber vantagens maiores a que não faria jus se a lei superveniente estivesse em vigor, devendo todos se enquadrarem ao que ela vier a estabelecer, para evitar disparidade de tratamento; prestigiou-se a tese da coisa julgada absolutamente transitória. Não se pode desconsiderar, todavia, que o referido precedente se cunhou ainda por ocasião da posição de autocontenção da Corte quanto ao writ – o que prejudica uma aplicação incondicional do que ali se estabeleceu como entendimento generalizado e atual do STF.

Justifica-se a aplicação da tese vencedora (coisa julgada relativamente transitória) aos casos em que o conteúdo da sentença regulamenta relação jurídica instantânea a qual, uma vez exercido o direito subjetivo e cumprido o dever jurídico, nada mais rema-

³⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *A Construção de uma Garantia Constitucional: Compreensão da Suprema Corte Quanto ao Mandado de Injunção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 52.

³⁵ Expressão utilizada por Mazzei (Mandado de Injunção. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 266).

³⁶ BRASIL. STF. MI nº 283-DF. Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 20.03.91. DJ: 14.11.1991. Último acesso em: 30 jul. 2014. Vale elucidar que esse julgamento ocorreu em período que a Corte ainda se encontrava muito arraigada aos valores ditatoriais da ordem constitucional anterior, com grande preocupação em não esbarrar nas atividades do Legislativo e, portanto, dificuldade em reconhecer a possibilidade de enunciação de um critério jurídico de solução para a viabilização do direito fundamental. Assim, ao permitir tal desiderato – ainda que em caráter secundário, visto que a determinação primária estava direcionada à superação da omissão pelo próprio Legislativo dentro de certo prazo – é possível dizer que ocorreu uma tímida evolução; sendo que posteriormente foi retomado o posicionamento de caráter subsidiário, apoiado na ideia de que a Corte se restringiria a declarar a inconstitucionalidade e assinalar prazo para a regulamentação do direito pelo órgão competente. Para o aprofundamento sobre a evolução jurisprudencial da Suprema Corte quanto à natureza da sentença em mandado de injunção, cf.: JABER MANEIRO, Renata de Marins. *Judicialização da política no tocante ao mandado de injunção: protagonismo judicial e sociedade moderna*. In: *Acesso à Justiça I: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Paraíba: CONPEDI, 2014. p. 525-554.

³⁷ Voto Min. Sydney Sanches, p. 43-44; voto Min. Aldir Passarinho, p. 51.

nesce da obrigação lato sensu. Na hipótese, caso não seja reconhecida verdadeira força de coisa julgada material, há de se identificar a presença de direito adquirido,³⁸ uma vez que a regulamentação judicial gerou benefícios que já ingressaram na esfera patrimonial do impetrante e cujas consequências jurídicas, portanto, estão exauridas; o mesmo se diga daqueles que já estejam autorizados ao exercício do direito ou, já os tendo exercido, por algum motivo o dever ainda não tenha sido cumprido.³⁹ Inclusive, essa foi a preocupação da maioria dos Ministros no julgado acima mencionado, já que os impetrantes deveriam buscar a devida indenização por via judicial própria.

Assim é que a lei superveniente não pode retroagir para prejudicar os sujeitos de relações jurídicas instantâneas já consolidadas. Quanto à possibilidade de retroatividade da legislação mais benéfica, cabe mencionar que o caput do art. 11 do PL nº 6.128/2009⁴⁰ encampou a referida tese, recebendo o apoio de Wambier e Vasconcellos,⁴¹ que apontam o mérito do reconhecimento da primazia da norma regulamentadora que vier a ser editada, ao tomar o cuidado para que o impetrante não tenha a sua situação piorada.

Embora a lei superveniente possa trazer situação mais favorável a uns, acaba por prejudicar outros, por vezes terceiros que não participaram da demanda injuncional sequer como intervenientes; já que a Suprema Corte firmou o entendimento segundo o qual pessoa jurídica que suportará os efeitos da decisão não é parte legítima, inexistindo litisconsórcio necessário entre esta e o órgão, entidade ou autoridade a quem caiba o dever regulamentar.⁴² Portanto, há de se discordar do referido projeto nesse aspecto, o qual de forma geral pretende abranger toda lei superveniente que venha dispor de forma mais favorável ao impetrante; tal circunstância pode representar um fator de retração à retomada da normalidade funcional. Note-se, no entanto, que isso não impede que o próprio órgão, entidade ou autoridade delibere quanto à possibilidade de retroatividade mais benéfica quando da elaboração da legislação, e faça constar a respectiva cláusula expressamente, como imperativo do princípio da legalidade, sob o qual se extrai a regra de que

³⁸ Fugiria ao objeto do trabalho tecer considerações sobre o direito adquirido e respectivas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Aqui, de uma maneira geral, registre-se tão somente o sentido geral de ingresso na esfera patrimonial do indivíduo, compreendido no texto do art. 6º, parágrafo 2º, do DL nº 4.657/42. Para o aprofundamento do tema, cf.: MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.). 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 501-539.

³⁹ Situação semelhante é o caso de lei superveniente que altera critérios para aposentação, em que a Suprema Corte consolidou o entendimento de que aquele que preencheu os requisitos na vigência de lei anterior faz jus à aposentadoria em termos adquiridos, cf.: BRASIL. STF. Primeira Turma. AgRg no AI nº 760595-GO. Rel. Min. Rosa Weber. Julgamento: 11.06.2013. Publicação: 25.06.2013. Acesso em: 09 dez. 2014. Até mesmo, podendo o beneficiário escolher o quadro que lhe é mais favorável desde o momento em que preencheu os requisitos até a ocasião em que efetivamente realizar o requerimento, cf.: BRASIL. STF. Pleno. RE nº 630501-RS, Rel. Min. Ellen Gracie. Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio. Julgamento: 21.02.2013. DJ, 26 ago. 2013. Acesso em: 09 dez. 2014.

⁴⁰ Art. 11: "A superveniente norma regulamentadora produzirá efeitos ex nunc em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável".

⁴¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELLOS, Rita de Cássia Corrêa. A Propósito da Proposta Legislativa de Nova Disciplina para o Mandado de Injunção. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTANS, Fábio Lima (Org.). Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁴² Cf.: BRASIL. STF. Pleno. AgRg no MI nº 2.504. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 30.04.2014. DJ, 22 maio 2014.

ninguém será obrigado a fazer o que a lei não determina (art. 5º, inc. II, da Constituição), neste caso, direcionado à pessoa jurídica que suportará os efeitos da decisão. Inclusive, por essa razão, também não cabe ao Judiciário autorizar a retroatividade benéfica no bojo de sua decisão.

Por sua vez, justifica-se a aplicação da tese vencida (coisa julgada absolutamente transitória) aos casos em que o conteúdo da sentença regulamenta relação jurídica continuativa a qual o exercício do direito subjetivo e o cumprimento do dever jurídico prolongam-se no tempo, sendo natural que o advento da lei passe a regular tais situações, tratando-se nada mais nada menos do que aplicação imediata às relações existentes sob o pálio de sua vigência. Não há nenhuma novidade no que ora se afirma, visto que a hipótese está prevista no art. 471 do Código de Processo Civil de 1973,⁴³ e da mesma forma, especificamente, para as obrigações alimentares desde 1968 (art. 15 da Lei nº 5.478); trata-se, pois, das denominadas sentenças determinativas.

Curioso observar que Mazzei,⁴⁴ ao defender a transitoriedade absoluta da decisão judicial no processo de mandado de injunção, invoca a mitigação da coisa julgada material em situações ligadas a limites temporais em que a sentença incidirá sobre relações jurídicas de trato sucessivo e, portanto, naturalmente passíveis de modificação. Conforme já demonstrado, uma tese não exclui a outra e prestam-se a orientar circunstâncias distintas; este o equívoco do autor, que invoca, outrossim, o princípio da isonomia para sustentar a inconstitucionalidade em se admitir a dualidade do direito em decorrência da coexistência da decisão judicial e da lei.⁴⁵ Em verdade, não há de se falar em disparidade de tratamento, eis que no caso de relações jurídicas instantâneas a solução normativa decorrente da sentença já prestou o seu papel, não convivendo com a regulamentação decorrente da lei.

Há controvérsia doutrinária quanto à natureza da coisa julgada formada em casos de sentenças determinativas. Os doutrinadores que defendem a aptidão de tal decisão para formar coisa julgada material dividem-se entre as justificativas sobre a possibilidade de posterior modificação; alguns argumentam que a revisão judicial não guarda identidade com a demanda anterior, uma vez que se trata de nova causa de pedir e novo

⁴³ Tal regra foi mantida no NCPC (Lei nº 13.105/2015), no art. 505: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II – nos demais casos prescritos em lei”. Cabe salientar que o PL 6.128/2009 (com redação final aprovada na Câmara dos Deputados em 24.03.2015, foi encaminhado ao Senado Federal por intermédio do Ofício nº 82/15/OS-GSE em 26.03.2015) também pretende regulamentar a questão em seu art. 10: “Sem prejuízo dos efeitos já produzidos, a decisão poderá ser revista, a pedido de qualquer interessado, quando sobrevierem relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito. Parágrafo único. A ação de revisão observará, no que couber, o procedimento estabelecido nesta Lei”.

⁴⁴ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Ações Constitucionais. 5 ed. rev. atua. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 269.

⁴⁵ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Ações Constitucionais. 5. ed. rev. atua. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 268.

pedido, e outros advogam a tese de que a coisa julgada formada na hipótese contém implícita a cláusula rebus sic stantibus.⁴⁶ Diferentemente das sentenças determinativas em geral, a primeira linha de argumentação mais se adequa com a sistemática constitucional e processual; entretanto, em se tratando especificamente de sentença em mandado de injunção, cujo conteúdo é provisório por natureza, porque o que se espera é a retomada da normalidade funcional, não há como negar a presença da referida cláusula. Neste último sentido, destaca Anastácio: “na decisão do mandado de injunção que supriu norma faltante encontra-se implícita a cláusula rebus sic stantibus, que condiciona sua eficácia até o advento da lei superveniente”⁴⁷

Cabe salientar que a referida cláusula está atrelada à duração da regulamentação judicial, em que a lei superveniente ensejará a modificação no estado de direito a permitir a revisão, mas tal desiderato – ao contrário da circunstância anterior relativa à relação jurídica instantânea – não exclui a análise de aplicação da vedação do retrocesso, que possui como pano de fundo uma pretensa vinculação mínima do teor regulamentado pelo Judiciário; tudo isso será analisado a seguir.

4 Aplicabilidade da garantia de vedação ao retrocesso com base no critério normativo utilizado pelo STF: um discurso voltado à parametricidade relativa

O princípio da vedação ao retrocesso⁴⁸ está atrelado ao projeto de transformação social materializado na Constituição, e tem por objetivo garantir o desenvolvimento progressivo dos direitos fundamentais, sobretudo os de segunda dimensão, evitando-se o refluxo no desiderato de realização da justiça social.

Convém esclarecer que originariamente no sistema luso os adeptos não faziam alusão aos mecanismos compensatórios como ab initio ocorria no germânico, mas poste-

⁴⁶ Na primeira linha, cf.: CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. I, p. 480-484. Na segunda, cf. SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de Direito processual Civil. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 55.

⁴⁷ ANASTÁCIO, Rachel Bruno. Mandado de injunção: em busca da efetividade da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 109. Ressalva-se apenas o entendimento da autora na parte em que aponta a edição da lei como evento futuro e incerto (condição resolutiva), pois o dever constitucional de legislar continua existindo, aguardando-se a recomposição da situação de infidelidade, razão pela qual se trata de evento futuro e certo, embora com data incerta (termo incerto). Nesse sentido, cf.: MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Ações Constitucionais. 5. ed. rev. atua. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 269.

⁴⁸ No presente estudo será utilizado o termo vedação ou proibição do retrocesso como se sinônimos fossem, embora se reconheça que ‘vedação’ é o melhor termo, porque o mais amplo, abrangendo todos os direitos fundamentais, cf.: OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de Oliveira. Morte & Vida da Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 395-396. Ver também: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “fuzzy” e os “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: _____. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed., 2004; DERBLI, Felipe. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; QUEIROZ, Cristina. O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

riormente tal ideia foi incorporada ao próprio conceito do princípio,⁴⁹ inclusive no Brasil.⁵⁰

O fundamento de validade é extraído da cláusula geral de segurança jurídica e dignidade humana, evidenciando o quanto a otimização da eficácia e efetividade deste princípio reclama “proteção contra medidas do poder público que venham aniquilar ou reduzir de modo desproporcional e/ou ofensivo à dignidade da pessoa (já que as duas situações nem sempre são coincidentes) os níveis já concretizados de proteção social”.⁵¹ Assim, negando caráter absoluto ao princípio, Sarlet localiza-o quando há violação ao conteúdo do direito fundamental;⁵² nisso consiste que o núcleo essencial deste mesmo direito deve ser preservado. Por sua vez, segundo ensinamentos de Silva,⁵³ o referido conteúdo não se apresenta como algo estático, podendo ser expandido ou restringido, neste último caso, desde que de forma constitucionalmente fundamentada; sob essa perspectiva, Vieira de Andrade⁵⁴ enfatiza que a referida relativização deverá ser analisada casuisticamente.

No ponto, cabe a seguinte crítica: de um lado, entender que o núcleo essencial é por si só intangível, praticamente resultaria no esvaziamento do próprio princípio da proibição do retrocesso; de outro, a afirmação pura e simples de que tal conteúdo é relativo, à medida que a restrição poderá ocorrer de forma fundamentada, revelaria grave imprecisão e poderia acabar por gerar, a depender das circunstâncias que envolvam o caso concreto, a negação do próprio direito fundamental; ou, ainda, uma ausência de homogeneidade no que toca à delimitação de suas fronteiras – influenciada que estaria pela casuística, e pela percepção subjetiva do julgador.

Uma possível solução ao imbróglio reside em acrescentar à segunda hipótese a proposta de Young,⁵⁵ qual seja: a aceitação da existência de um critério misto (abstrato e concreto) de verificação do *minimum core*, com a prefixação de parâmetros objetivos

⁴⁹ Nesse sentido, destaca Derbli: “É possível concluir, portanto, que a concepção portuguesa do princípio da proibição do retrocesso social, em seus primórdios, era muito diferente daquela desenvolvida na Alemanha, mas, ao longo dos anos, absorveu alguns elementos da construção germânica” (DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 158).

⁵⁰ Defendendo a ideia de mecanismos compensatórios, cf.: BARROSO, Luís Roberto. *Benefício Previdenciário. Princípio Constitucional da Proteção ao Idoso. Vedação do Retrocesso*. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. XIII, Direito Previdenciário, p. 67-75. 2003. Na jurisprudência, recentemente fora julgado improcedente pedido em ação direta sobre lei que modificou parâmetro do seguro DPVAT, também sob o fundamento de preservação de medidas alternativas, cf.: BRASIL. STF. Pleno. ADI nº 4350-DF. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento: 23.10.2014. DJ, 03 dez. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7393783>>. Acesso em: 14 dez. 2014. Cabe salientar que parte da doutrina crítica a formulação da proibição do retrocesso, cf.: DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 259-292.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito Constitucional Brasileiro*. p. 25.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito Constitucional Brasileiro*. p. 12-13.

⁵³ SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado, n. 4, p. 23-51, 2006.

⁵⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 392.

⁵⁵ YOUNG, Katherine. *The Minimum Core of Economics and Social Rights: a Concept in Search of Content*. The Yale Journal of International Law, v. 33, p. 113-175, 2008.

indicativos do núcleo essencial pelo Judiciário, com base em um consenso mínimo,⁵⁶ mas com presunção relativa com relação aos demais Poderes. Isso significa que caberá a estes, para além de fundamentar a restrição, comprovar a ausência de correspondência com a essência normativa em concreto, elidindo a presunção; sob pena de violação do princípio da vedação ao retrocesso.

Inegável que este debate – qual o ponto extremo em que a reconfiguração de um direito se caracteriza como efetivo retrocesso – tem subjacente o reconhecimento de que a delimitação de conteúdo desses mesmos direitos (se não especialmente os sociais) não é um dado que se extraia pronto e acabado do texto constitucional. Mais ainda, também se tem aqui claramente demonstrado que uma sociedade plural pode modificar, com o curso do tempo, as suas escolhas públicas, e disso decorrer acomodação quanto ao conteúdo das prestações já ofertadas, assecuratórias de direitos fundamentais, seja pela deliberação legislativa, seja pela cunhagem das respectivas políticas públicas.⁵⁷

Mais ainda, afirmar a vedação ao retrocesso como uma cláusula absoluta de bloqueio importa em desconhecer que as limitações determinantes de eventual decisão que se afigure, a uma primeira análise, como retrocessiva, podem decorrer até mesmo de escassez natural; e não sempre e necessariamente de um realinhamento de prioridades empreendido pelo Estado-Administração. Nestes termos, o temperamento da cláusula se revela pensamento consentâneo com a realidade e, portanto, reconduz a elaboração teórica a standards de compatibilidade com o mundo da vida que concorrem, numa perspectiva pragmática, para a efetividade da proposta. Nesse viés, a proposta de Young acima indicada – de um referencial presumido no que toca ao núcleo essencial do direito – é paradigma para o controle dos limites e possibilidade da vedação ao retrocesso.

Decerto, a doutrina pode contribuir com a enunciação desses standards, a exemplo de Oliveira, que assevera o seguinte:

1) Pode acontecer que há retrocesso na realização de um direito em prol do incremento da implementação de outro. Nesta hipótese, imprescindível se faça a ponderação entre os direitos envolvidos para averiguar se o retrocesso referente ao direito A é justificado em razão do avanço do direito B; 2) O retrocesso pode ser fruto de uma impossibilidade fática de manter o estágio já alcançado, causas naturais (ex: uma enchente que danifica equipamentos e inviabiliza o funcionamento de setores de um hospital), deficit financeiro. Note-se nos dois casos, a relação entre vedação de retrocesso e reserva do possível.⁵⁸

⁵⁶ A propósito da utilização da expressão consenso mínimo, cabe mencionar que Barroso circunscreve o conteúdo mínimo da ideia de dignidade humana a partir de três elementos: 1) o reconhecimento do valor intrínseco de todos os seres humanos, 2) a autonomia de cada indivíduo e 3) a limitação por valores comunitários. Para o aprofundamento da tese, cf.: BARROSO, Luís Roberto. "Aqui, lá, e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Humberto Laport Mello [trad.]. Revista dos Tribunais (separata), ano 101, v. 919, p. 127-196, maio 2012.

⁵⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁵⁸ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de Oliveira. Morte & Vida da Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Traçadas as premissas básicas de sustentação da vedação ao retrocesso, cabe agora transpassar os resultados obtidos nos itens anteriores, manejando as distinções antes expostas no que se refere ao debate já veiculado dos efeitos em si da decisão judicial materializada em sede de injunção.

4.1 Vedação ao retrocesso e as sentenças em injunção com efeitos inter partes

Quando os efeitos subjetivos da coisa julgada estiverem limitados às partes, tem-se reduzido o espectro de dúvidas quanto à aplicabilidade do princípio da vedação ao retrocesso, tendo em vista que nesse caso a Corte utiliza o discurso de adequação próprio do Judiciário;⁵⁹ situação que deve ser solucionada pelas normas constitucionais de direito intertemporal.

Ainda no campo dos partidários da compreensão de que os efeitos da decisão mandamental sob análise limitem-se às partes litigantes, caberá distinguir as hipóteses em que a satisfação do direito obstado no seu exercício pela inércia legislativa tenha efeitos instantâneos; e aquelas em que a relação jurídica versada nos autos seja de natureza continuada. Vale dizer que, em se tratando de relação jurídica instantânea, simplesmente não há necessidade de fazer o esforço de invocar o princípio constitucional implícito⁶⁰ sob análise, já que o direito adquirido, também decorrente da cláusula de segurança jurídica, tem previsão expressa na Constituição.

No que se refere às relações jurídicas continuativas, além da questão do discurso de adequação, faz-se mister acrescentar um argumento. Diante da dessintonia no tratamento da concessão de efeitos subjetivos, como demonstrado no item 1, cogita-se que a Suprema Corte esteja adotando, no que toca aos limites da coisa julgada, a teoria mista maior, a despeito da ausência de fundamentação quanto a essa suposta opção teórica.

A divisão simplista dos direitos subjetivos fundamentais entre os que exigem uma prestação material do Estado a envolver custos, como no caso da aposentação, e os que demandam uma prestação negativa não acarretando custos, como no caso da greve – concluindo-se que estes justificariam uma solução normativa (judicial) com eficácia erga omnes, e aqueles a demandariam com efeito inter partes – consubstancia um argumento fraco, já que, como na lição de Sunstein e Holmes,⁶¹ o Estado sem recursos não tem como

p. 398-399. Muito embora o autor não tenha elaborado a afirmação sob os auspícios de um standard do núcleo mínimo do direito fundamental, inegável o seu caráter de delimitação abstrata.

⁵⁹ Para o aprofundamento das questões que envolvam o modelo de discurso de aplicação e justificação, cf.: HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt/M. 1992 (3. ed, Frankfurt/M., 1994; *Between Facts and Norms*, W. Rehg [trad.], Cambridge, 1996).

⁶⁰ Sustentando que se trata de um princípio implícito, cf.: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁶¹ SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton, 1999. 255p. Na doutrina brasileira, cf.: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Os custos dos direitos (I). *Fórum de Direito Tributário*, v. 11, p. 57-63, 2013.

proteger direitos fundamentais, de forma que todos, seja os de prestação positiva ou negativa, seja os de primeira, segunda ou terceira dimensão representam custos, ainda que indiretos.⁶²

De toda forma – independente de quais sejam as razões a orientar a oscilação da Corte no que toca à conformação dos limites subjetivos da decisão em injunção – propugna-se pela criação de parâmetros objetivos com a função de standards⁶³ a conduzir a adjudicação de efeitos inter partes ou erga omnes. Este tipo de atributo da decisão judicial, que traça orientação interna ao exercício do crivo judicial, previne igualmente a falta de homogeneização da prestação jurisdicional outorgada; o que no especial caso da injunção, importaria em desigualação no conteúdo em si de direitos fundamentais, uma contradição em termos. Destaca-se, outrossim, que a enunciação destes mesmos standards, a par do evidente efeito pedagógico em relação aos virtuais interessados, e mesmo em relação aos virtuais destinatários do dever de regular; permitiria ainda com maior facilidade a aferição do eventual regresso constitucionalmente vedado, eis que mais claramente se poderia identificar as coordenadas delimitadoras do direito em discussão aplicadas pela Corte.

Uma possível inferência, a partir da análise da jurisprudência do STF em aparente conflito, é de que esteja sendo adotado o seguinte critério: quando se tratar de dever constitucional de legislar cujo conteúdo não esteja claro ou previsto de modo co-originário na Constituição, justamente como é o caso da aposentação especial de servidor público,⁶⁴ a ordem injuntiva somente poderá alcançar as partes; porque, neste caso, a omissão pode não revelar propriamente um problema de infidelidade do Legislativo, mas sim de cautela

⁶² Desmistificando a equívoca associação absoluta entre direitos de liberdade e de defesa, bem como entre direitos sociais e prestacionais, Brandão adverte: “Embora os direitos da liberdade apresentem, preponderantemente, uma dimensão negativa, porquanto impõem ao Estado um dever de abstenção, tais direitos dão azo, ainda que subsidiariamente, ao dever de o Estado implementar prestações positivas com o fito de evitar que terceiros ou fenômenos naturais prejudiquem a sua efetiva fruição. Para além disto, dentre os direitos sociais estão inseridos típicos direitos de defesa, de que são exemplos as chamadas ‘liberdades sociais’, como o direito de greve (art. 9), à livre associação sindical (art. 8, caput) e a vedação à discriminação nas relações de trabalho (art. 7, XXX, XXXI, e XXXII)” (BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 200-201). Na mesma linha de raciocínio, cf.: SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. In: PASQUALINI, Alexandre et al. *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

⁶³ Sob essa perspectiva, interessante é a experiência sul-africana no que se refere aos direitos fundamentais sociais, onde a própria Corte foi construindo os parâmetros objetivos de eficácia progressiva, cf.: VALLE, Vanice Regina Lírio do; HUNGRIA, Ana Luiza Hadju. *Implementação gradual de direitos socioeconômicos: construtivismo constitucional na Corte Constitucional sul-africana*. RECHTD. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 4, p. 226-238, 2012. Importante consignar que, embora a Corte sul-africana reconheça a existência do *minimum core*, nega a possibilidade dela mesma proceder à construção de standards delimitadores do núcleo essencial do direito fundamental, não acatando a proposta de Young.

⁶⁴ Vale consignar que os precedentes antes traçados no tema da aposentadoria especial não reconheciam a mora legislativa, mas sim, a faculdade do legislador em regular ou não a matéria; sendo que a conclusão se encaminhou de forma distinta no MI 721 (ver nota 10) tão somente pela circunstância de que a essa altura, o dispositivo constitucional que embasava o pleito fora objeto da Emenda nº 47/05. Para uma análise mais detalhada desta específica decisão, e de sua interface com anteriores precedentes no STF neste tema da aposentadoria especial, cf.: VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Constituição e a fênix: o controle da omissão legislativa renasce das cinzas na proteção aos direitos fundamentais*. A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 35, p. 33-59, 2009.

frente à ausência de formação de consenso para deliberação política. Sob essa perspectiva, com maior razão não pode ser aplicado o princípio da vedação ao retrocesso tendo em conta a eventual relação entre o critério criado judicialmente e a deliberação legislativa superveniente. Afinal, o critério normativo utilizado pelo Tribunal não é apto para a um só tempo criar o consenso, sedimentar a questão, e expandir de forma vinculativa (ao legislador inclusive) o núcleo do direito fundamental que estava obstado quanto ao seu exercício pela inércia legislativa.

4.2 Vedação ao retrocesso e as sentenças em injunção com efeitos erga omnes

Quando, porém, os respectivos efeitos estenderem-se para além das partes, a eficácia temporal da coisa julgada deverá receber tratamento especial, à medida que decorrente de um discurso de justificação normalmente utilizado pelo Legislativo;⁶⁵ é nesta hipótese que se encontra a problemática objeto da presente cogitação, mas também aqui, em se tratando de relação jurídica instantânea, pelos mesmos motivos acima mencionados, não se sustenta a aplicação da proibição do retrocesso, eis que a cláusula de segurança jurídica possui fundamento exposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Nesse diapasão, a hipótese está direcionada às relações jurídicas continuativas, utilizando-se a mesma lógica do standard anterior, só que de maneira invertida, qual seja: considerando que se trata de um dever constitucional amplamente conhecido pelo Legislativo e aceito pela sociedade, como no caso do direito de greve,⁶⁶ serão empregados efeitos erga omnes. Sob essa perspectiva, defende-se a aplicação do princípio da proibição do retrocesso, o que significa dizer que haverá uma vinculação mínima da lei posterior ao critério normativo judicial;⁶⁷ visto que este exerceu a função de densificar o conteúdo essencial do direito fundamental que estava inviabilizado.

Embora com fundamento distinto, oportuno transcrever a reflexão de Barbosa, com vistas à vinculação da lei posterior, verbis:

[...] é bom lembrar que o princípio da proporcionalidade, ao dar especial relevo às dimensões fáticas envolvidas na regulamentação de um direito fun-

⁶⁵ Ver nota 61. Streck critica a concepção procedimentalista de Habermas, sustentando que não responde às questões de princípios (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 148).

⁶⁶ A pronúncia do dever de enunciação da lei reguladora reclamada pela Carta de 1988, neste tema de greve de servidor público, já se tinha verificado anteriormente, como se verifica dos seguintes precedentes: BRASIL. STF. MI nº 20-DF. Pleno. Rel. Min Celso de Mello. Julgamento: 19.05.1994. DJ, 22 nov. 1996. Acesso em: 27 maio 2015; BRASIL. STF. Pleno MI nº 438-GO. Rel. Min. Néri da Silveira. Julgamento: 11.11.1994. DJ, 16 jun. 1995. Acesso em: 27 maio 2015; BRASIL. STF. MI nº 585-TO. Pleno. Rel. Ilmar Galvão. Julgamento: 15.05.2002. DJ, 02 ago. 2002. Acesso em: 27 maio 2015; BRASIL. STF. MI nº 485-MT. Pleno. Rel. Maurício Corrêa. Julgamento: 25.04.2002. DJ, 23 ago. 2002. Acesso em: 27 maio 2015.

⁶⁷ É preciso enfatizar que aqui está a se adotar uma concepção de vedação ao retrocesso que não é de bloqueio, mas sim aquela de aumento do ônus argumentativo, a qual permite eventuais restrições de forma fundamentada.

damental (subprincípios da adequação e da necessidade), pode servir como fundamento para que o Tribunal encare sua decisão como uma espécie de delimitação do 'menor âmbito de proteção aceitável' para um dado direito carente de regulamentação. Essa vinculação acabaria por produzir algum tipo de vinculação material do Legislador ao pronunciamento do Tribunal.⁶⁸

Trata-se, em verdade, de uma parametricidade relativa, à medida que o Legislativo poderá futuramente editar lei menos favorável, desde que a restrição ao núcleo mínimo ocorra de forma fundamentada, bem como, em existindo standard, seja capaz de elidir a presunção relativa; circunstância sujeita ao crivo do controle de constitucionalidade. Cabe também advertir que, pelo teor do art. 571, inc. I, do CPC (e art. 10 do Projeto de Lei nº 6.128/2009),⁶⁹ as discussões sobre vinculação mínima, parametricidade relativa e fundamentação poderão ocorrer na própria revisão, já que estamos falando de hipótese de sentença determinativa.

Por fim, cabe ainda mencionar o pensamento de Kauffmann,⁷⁰ para quem o mandado de injunção seria um poder-atribuição, e não propriamente uma ação, sob o argumento de que não haveria como desvincular a integração da omissão legislativa da avaliação política; nessa perspectiva, argumenta o autor que a "visão político-constitucional força a releitura do instituto, impondo uma realidade que necessariamente deverá ser composta pela atuação dialógica e em parceria entre o Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal".⁷¹ Isso leva a refletir que o deferimento de efeito erga omnes, além de ser um fator importante para que seja sustentada a aplicação da vedação ao retrocesso (no caso de sentenças determinativas), pode também trazer para o âmbito do mandado de injunção a aplicação de teorias dialógicas; o que resultaria, inclusive, corroborar com a ideia de vinculação mínima abarcada pelo princípio sob análise.

Considerações finais

Em resposta à cogitação objeto da presente pesquisa, vislumbra-se a possibilidade de aplicação da vedação ao retrocesso à lei posterior menos favorável, com base na hipótese específica de relação jurídica continuativa, cuja sentença tenha concedido a ordem com eficácia erga omnes. Isso porque o critério utilizado pela Corte, nesses casos, tem o

⁶⁸ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Armadilhas Constitucionais: estudo sobre a regulamentação do mandado de injunção sob a perspectiva das relações entre Legislativo e Judiciário. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTANS, Fábio Lima (Org.). Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 296-297.

⁶⁹ Ver nota 45.

⁷⁰ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Mandado de Injunção como Poder-Atribuição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTANS, Fábio Lima (Org.). Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 300-331.

⁷¹ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Mandado de Injunção como Poder-Atribuição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTANS, Fábio Lima (Org.). Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 318.

condão de densificar o conteúdo do direito regulado e, assim, produzir uma vinculação mínima.

Nesse contexto, legislação superveniente somente poderá restringir o âmbito do exercício do direito fundamental, caso o faça de forma fundamentada – como de resto, se entende em relação a qualquer restrição a direito fundamental. Entretanto, como o Legislativo não possui mecanismo de motivação prévia, será possível levar a questão ao controle de constitucionalidade, por intermédio de ação abstrata ou revisão judicial. Trata-se, pois, do que aqui se convencionou denominar parametricidade relativa, à medida que a restrição é possível desde que justificada (e possua o condão de elidir presunção relativa criada por eventual standard).

Importante ter em conta que o exercício da judicial review em hipóteses que tais – onde se cogite de eventual violação à cláusula de vedação ao retrocesso pelos critérios legislativos finalmente editados – haverá de se dar em condições especiais, já que a motivação da decisão legislativa passa a integrar, em alguma medida, a sua própria legitimação em sentido estrito. Se a delimitação do conteúdo do direito se teve por iniciada pela proclamação jurisdicional, no exercício da multi referida vinculação mínima e parametricidade relativa, o ônus argumentativo incidente sobre a decisão legislativa passa a ser maior, atraindo para o âmbito de escrutínio na decisão judicial as razões que levaram o legislador à opção mais restritiva.

Portanto, o controle de constitucionalidade fundado na alegação de violação à cláusula de vedação ao regresso haverá de se dar necessariamente a partir de um modelo mais dialógico; eis que a ratio decidendi do Poder Legislativo se revelará tanto relevante quanto aquela antes manuseada pelo Poder Judiciário. Interessante observar que, na hipótese, tem-se uma continuidade do ciclo dialógico que verdadeiramente iniciou o feito injuncional: se o Judiciário inicialmente enuncia o dever de legislar e seus parâmetros relativos, iniciando uma conversa entre as estruturas do Poder, o Legislativo, como interlocutor desse mesmo diálogo, terá a sua oportunidade de resposta na motivação de sua opção deliberativa. O grande desafio teórico político-jurídico está em evitar que o que se tenha aqui seja um monólogo coletivo entre os Poderes, com a simples enunciação em paralelo de suas próprias perspectivas, sem o verdadeiro intercâmbio de ideias que é próprio do diálogo.⁷²

A construção do sentido constitucional é uma atividade necessariamente dialógica – e o controle de constitucionalidade, especialmente quando se tem em conta uma interação delicada entre escolhas públicas de distintos poderes também haverá de ser assim. Sob essa perspectiva, constitui provocação a futuras pesquisas a análise de teorias dialógicas, para verificação de qual delas mais se adequaria à realidade brasileira, sobre-

⁷² Sobre o tema, ver: VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 59-89, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40515>>.

tudo em sede de injunção.

Brazilian Writ of Injunction and Regression Prohibition: the Construction of Relative Parameter to be Followed

Abstract: Once the issue of the nature of judicial review in the writ of injunction, and that unconstitutionality may be declared by omission with the possible indication or creation of the ruling grounds that make the use of such right feasible, new questions arise. A issue that need greater attention, and finds little debate in the literature, as well as in case law, is the relationship between res judicata and the emergence of a new statute. It is with this predicament in mind that we envisioned the present paper, which asks: does the principle of social regression prohibition apply to new statutes that are enacted after the writ of injunction? Is it possible to consider that some parameter exists between the judicial review and the new law? To answer this, is it necessary to take a closer look at the theories concerned with the subjective efficacy of the res judicata, to determine which one has been adopted by the Supreme Court and, in the end, to establish the limits to which such principles apply. The next step is to establish a system of relationship between the res judicata and the emergence of a new statute, based on the peculiar characteristics of the writ. It thus follows that the principle of regression prohibition applies to certain specific circumstances within the core essential limits of the fundamental right. We conclude that the legislature can restrict the ruling parameters to the use of the right as pronounced by the Court, provided that it does furnish a formal reasoning to it.

Key words: Brazilian Writ of Injunction. Res Judicata. New Statute. Regression Prohibition. Relative Parameter.

Referências

- ANASTÁCIO, Rachel Bruno. Mandado de injunção: em busca da efetividade da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 109-110.
- BARROSO, Luís Roberto. Benefício Previdenciário. Princípio Constitucional da Proteção ao Idoso. Vedação do Retrocesso. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. XIII, Direito Previdenciário, p. 67-75, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. "Aqui, lá, e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Humberto Laport Mello [trad.]. Revista dos Tribunais (separata), ano 101, v. 919, p. 127-196, maio 2012.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Armadilhas Constitucionais: estudo sobre a regulamentação do mandado de injunção sob a perspectiva das relações entre Legislativo e Judiciário. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTANS, Fábio Lima (Org.). Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 281-299.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de Injunção em Perigo: os Riscos da Abstração de Seus Efeitos no Contexto do Ativismo Judicial Brasileiro. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, ano 5, 2011/2012.
- BORGES, Nilton Alexandre. Os efeitos da decisão do mandado de injunção. Rio de Janeiro: Revista Forense, 2009.
- BRANDÃO, Rodrigo. Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. I.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia "fuzzy" e os "camaleões normativos" na problemática

- actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: _____. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.
- DERBLI, Felipe. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela. Salvador: JusPODIVM, 2012.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Os custos dos direitos (I). Fórum de Direito Tributário, v. 11, p. 57-63, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. Faktizität und Geltung. Frankfurt/M., 1992 (3. ed, Frankfurt/M., 1994; Between Facts and Norms, W. Rehg [trad.], Cambridge, 1996). p. 315.
- HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, p. 129-166, out./dez. 2009.
- HACHEM, Daniel Wunder. Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- JABER MANEIRO, Renata de Marins. Judicialização da política no tocante ao mandado de injunção: protagonismo judicial e sociedade moderna. In: Acesso à Justiça I: XXIII Encontro Nacional do CONPEDI. Paraíba: CONPEDI, 2014. p. 525-554.
- KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Mandado de Injunção como Poder-Atribuição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTANS, Fábio Lima (Org.). Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 300-331.
- LIEBMAN, Eurico Tullio. Eficácia e Autoridade da Sentença. BUZAID, Alfredo; AIRES, Benvindo [trad.]. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MAZZEI, Rodrigo. Mandado de Injunção. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Ações Constitucionais. 5. ed. rev. atua. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.). 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de Oliveira. Morte & Vida da Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PASSOS, J. J. Calmon de. Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, Constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. 2. ed. rev. atua. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- QUEIROZ, Cristina. O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de Direito processual Civil. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 55.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. In: PASQUALINI, Alexandre et al. O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito Constitucional Brasileiro. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto856.rtf>>. Acesso: 21 out. 2014.
- SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes. New York: W. W.

Norton, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, p. 23-51, 2006.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *A Construção de uma Garantia Constitucional: Compreensão da Suprema Corte Quanto ao Mandado de Injunção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Constituição e a fênix: o controle da omissão legislativa renasce das cinzas na proteção aos direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 35, p. 33-59, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 59-89, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40515>>.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Mandado de injunção, um enredo em andamento: seis personagens à procura de um autor. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 51, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; HUNGRIA, Ana Luiza Hadju. Implementação gradual de direitos socioeconômicos: construtivismo constitucional na Corte Constitucional sul-africana. *RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 4, p. 226-238, 2012.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais no século XXI. In: PEREZ ROYO, Javier et al. (ed.). *Derecho Constitucional para el Siglo XXI: Tomo I*. Navarra: Aranzadi, 2006. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/andrade.pdf>>. Acesso: 21 out. 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELLOS, Rita de Cássia Corrêa. A Propósito da Proposta Legislativa de Nova Disciplina para o Mandado de Injunção. In MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTANS, Fábio Lima (Org.). *Mandado de Injunção: Estudos sobre sua regulamentação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 462-475.

YOUNG, Katherine. The Minimum Core of Economics and Social Rights: a Concept in Search of Content. *The Yale Journal of International Law*. v. 33, p. 113-175, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VALLE, Vanice Regina Lírio do; JABER MANEIRO, Renata de Marins. Mandado de injunção e vedação ao retrocesso: a construção da parametricidade relativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 141-164, out./dez. 2015.

Recebido em: 28.05.2015

Aprovado em: 22.07.2015

