

O PAPEL DA *RATIO DECIDENDI* NA CONSTRUÇÃO DE SÚMULAS VINCULANTES PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: um estudo de caso sobre argumentação e vinculação de precedentes¹ // *Maíke Wile dos Santos*²

*Santos*²

Palavras-chave

Supremo Tribunal Federal / súmula vinculante / súmula vinculante nº 33 / *ratio decidendi*

////////////////////////////////////

Sumário

1 Introdução

- 1.1 Apresentação do artigo: pressupostos normativos, problema e hipótese de pesquisa
 - 1.1.1 Escrevendo um romance: o papel da *ratio decidendi* numa racionalidade de precedentes
 - 1.1.2 Problema e hipótese de pesquisa
- 1.2 Metodologia: recorte temático, técnica e delimitação do objeto

2 A súmula vinculante nº 33 – o problema jurídico da ausência de regulamentação complementar

- 2.1 Panorama legislativo: o que diz a lei?
- 2.2 Análise dos casos
 - 2.2.1 Reiteradas decisões sobre matéria constitucional
 - 2.2.2 Decisões citadas nas “reiteradas decisões”
- 2.3 Debates de aprovação do enunciado da súmula

3 Afinal, quem tem direito à aposentadoria especial?

- 3.1 Contradições entre o conteúdo das “reiteradas decisões” e o conteúdo do enunciado sumulado
- 3.2 Inconsistências entre os julgados
- 3.3 Problemas adicionais

4 Conclusões

5 Referências

Resumo

Este artigo investiga o papel da *ratio decidendi* na construção da súmula vinculante nº 33, editada pelo Supremo Tribunal Federal. Para isso, analisei as decisões elencadas como “reiteradas decisões sobre matéria constitucional” e as decisões citadas nesses julgados, além da proposta de súmula e dos debates de aprovação de seu enunciado. Meu objetivo foi investigar se a Corte se adequou ao requisito “reiteradas decisões”. Como resultado, concluí que a súmula vinculante nº 33 foi aprovada desrespeitando-se esse requisito, ainda que tenha havido preocupação por parte dos ministros, nos debates de aprovação, quanto a isso.

1 Este artigo é resultado de reflexões surgidas das discussões no ambiente da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Lá, em 2014, desenvolvi a monografia “*Ratio decidendi* e orientação jurisprudencial na construção de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal: o caso da súmula vinculante nº 33”, sob orientação do professor Rubens Glezer, a qual inspirou a produção deste artigo. Agradeço a toda a equipe da SBDP, em especial ao meu orientador, pelo incentivo e criticidade na análise de meu trabalho. Também contribuíram com este trabalho as discussões na disciplina Leituras de Direito Constitucional II, ministrada pelos professores Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo no primeiro semestre de 2015. Agradeço-lhes imensamente pelas ótimas discussões. Por fim, agradeço a Caio Franco, Gabriela Andrade e Yan Vieira pela grande ajuda na revisão do texto.

2 Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2016).

THE ROLE OF *RATIO DECIDENDI* IN THE CONSTRUCTION OF SÚMULAS VINCULANTES BY THE BRAZILIAN SUPREME COURT:

a case study of argumentation and bindingness of precedents // *Maike*

Wile dos Santos

Keywords

Brazilian Supreme Court / binding precedent / *súmula vinculante n. 33* / *ratio decidendi*

////////////////////////////////////

Abstract

This paper investigates the role of *ratio decidendi* in the construction of the *súmula vinculante n. 33*, issued by the Brazilian Supreme Court. For this, I analyzed the cases listed as “repeated cases on constitutional matters” (a requirement for approving a *súmula*, which is a binding precedent in Brazilian law) and the rulings cited in these cases. I also analyzed the proposal of the *súmula vinculante n. 33* and its related debates. My objective was to investigate whether the Court had met the requirement of “repeated cases on constitutional matters”. As a result, I concluded that the *súmula vinculante n. 33* did not meet this requirement, although the Justices were concerned about it.

1 Introdução³

Imagine a seguinte situação: você é um servidor público em vias de se aposentar que, durante parte considerável da vida, exerceu atividades em condições que prejudicaram sua saúde ou sua integridade física. A Constituição garantiu a você o direito de se aposentar a partir de critérios diferenciados justamente por conta das atividades que você exerceu. No entanto, ao estabelecer essa possibilidade, a Constituição também estabeleceu que os critérios necessários para sua aposentadoria seriam definidos em leis complementares. Problema: essas leis complementares não foram editadas. E agora?

Parte dos servidores nessas condições tiveram seus respectivos pedidos de aposentadoria negados por conta da ausência dessas leis complementares. Isso levou a uma judicialização maciça dessa questão, com milhares de mandados de injunção sendo impetrados diretamente no Supremo Tribunal Federal (STF).

Numa tentativa de mitigar esse problema, a súmula vinculante nº 33 (SV 33) foi editada, determinando a aplicação das regras do Regime Geral da Previdência Social – RGPS (que trata da aposentadoria de servidores particulares, não públicos) aos servidores públicos cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Essa determinação, no entanto, dá margem a uma série de dúvidas: todos os critérios de aposentação especial previstos no RGPS se aplicam aos servidores públicos? Se não, quem determina quais critérios deverão ser aplicados: o STF (junto ao qual foram interpostos os mandados de injunção) ou o INSS (autoridade competente por estabelecer os procedimentos e analisar os documentos relacionados à aposenta-

³ O uso tradicional de pronomes masculinos para se referir a pessoas de ambos os sexos tem sido motivo de controvérsias. O masculino universal e neutro incomoda, e em trabalhos acadêmicos, diferentes estratégias têm sido adotadas frente a esse incômodo. Neste trabalho, uso o pronome “ele” na maioria das vezes, e “ele ou ela” ocasionalmente (e nesse sentido, outros substantivos e adjetivos). Faço isso para evitar confusões e ter mais clareza e economicidade na escrita. Quando uso o pronome “ele” e suas variantes, utilizo de forma impessoal, referindo-me tanto a homens quanto a mulheres.

doria especial)? Afinal, quem tem direito à aposentadoria especial?

Para tratar dessas questões, no primeiro capítulo apresento meus pressupostos normativos, defino com contornos mais precisos o meu problema e apresento minha hipótese. Na sequência, descrevo a metodologia utilizada, e de que maneira ela relaciona o material analisado às respectivas perguntas a serem respondidas.

O segundo capítulo aprofunda o problema jurídico da ausência de regulamentação complementar do art. 40, § 4º da Constituição Federal. Para isso, trago um panorama legislativo dessa questão, e analiso tanto as “reiteradas decisões sobre matéria constitucional” (e as respectivas decisões citadas nessas “reiteradas decisões”) quanto os debates de aprovação do enunciado da súmula. O terceiro capítulo aborda algumas contradições entre o conteúdo das “reiteradas decisões” e o conteúdo do enunciado sumulado, bem como inconsistências entre os julgados e outros problemas adicionais. Por fim, a conclusão traz algumas outras considerações pertinentes, apontando de que maneira o STF se adequou ou não a uma racionalidade de precedentes na edição da súmula vinculante nº 33.

1.1 Apresentação do artigo: pressupostos normativos, problema e hipótese de pesquisa

O instituto da súmula vinculante foi criado para resolver um problema histórico: a dificuldade de o Supremo Tribunal Federal impor aos demais órgãos jurisdicionais aquelas dentre suas decisões que são tomadas fora do âmbito do controle concentrado de constitucionalidade.⁴ Não pretendo, aqui, discorrer

⁴ No Brasil, problemas de incoerência da jurisprudência e contradições nos tribunais tentaram ser solucionados por meio de reformas legais desde a fundação da República: “A grande reforma introduzida pela República foi sem dúvida o controle de constitucionalidade difuso. A partir de 1891 todos os juízes poderiam deixar de aplicar uma lei qualquer por considerá-la contrária à Constituição. Mas se os juízes passaram a ter o poder de conhecer da constitucionalidade das leis, e o Supremo [Tribunal de Justiça] o poder de revê-la, a cultura jurídica continuou estranha ao precedente vinculante, instrumento corriqueiro do direito norte-americano. Frequentemente, o Supremo, já na Primeira República, era obrigado a conhecer repetidas vezes de assuntos semelhantes,

sobre o desenvolvimento desse instituto no direito brasileiro.⁵ Parto da premissa de que esse instrumento foi outorgado pelo Poder Legislativo ao STF mediante uma série de exigências⁶, que constam no art. 103-A da Constituição Federal. Essas exigências seriam mecanismos de controle da atuação do STF na edição de súmulas vinculantes (Glezer, 2011, p. 16).

Dentre os mecanismos de controle estabelecidos, um deles é bastante relevante em se tratando de *ratio decidendi* e capacidade de orientação: a necessidade de que súmulas vinculantes sejam editadas *a partir* de “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”. Entendo que tais decisões devam ser constituídas de precedentes formados a partir de *rationes decidendi* semelhantes, isso porque esse requisito deve ser entendido no sentido de haver jurisprudência já pacificada no tribunal.⁷

1.1.1 Escrevendo um romance: o papel da *ratio decidendi* numa racionalidade de precedentes

Nesta seção tratarei, em linhas gerais, da ideia de *ratio decidendi*⁸ e de sua relação com uma racionalidade de precedentes. A partir das ideias traçadas aqui é que me orientarei na porção metodológica deste artigo.

A ideia de precedente é bastante intuitiva: num sen-

sem dispor de um mecanismo de generalização de suas interpretações”. (Lima Lopes, 2009, p. 350).

5 O reconhecimento da historicidade da súmula vinculante é fundamental para a compreensão da natureza das transformações geradas pela Reforma do Judiciário através da EC nº 45/2004, em vez de considerá-la tão somente como transplante institucional afobado de regras do *common law*. Sobre isso, ver, entre outros, os trabalhos de Vieira (2004), Scudeler (2006) e Coiro (2012).

6 Abramovay & Coiro (2012, 181-182) afirmam que “O controle desses requisitos constitucionais não vem sendo feito da forma como seria esperado [...]. Da forma como vem sendo feita, sem a constitucional atenção aos requisitos, a atuação da corte se aproxima, em verdade, da do Legislativo, concretizando os temores expressos quando da discussão da criação das súmulas pelo Congresso”.

7 No mesmo sentido, ver os trabalhos de Guimarães (2007) e Salles (2007).

8 A ideia de *ratio decidendi*, além de controversa, é pouco trabalhada pela doutrina brasileira, posto que seja tema fundamental em se tratando do estudo de precedentes. Sobre isso, ao tratar do uso de precedentes no Reino Unido, MacCormick (1997, p. 337) afirma que: “Not surprisingly, although there has been much debate both judicial and scholarly on the question of the definition of the *ratio decidendi* and of the proper method for ascertaining it, no unanimity exists”.

tido amplo, é uma decisão passada que serve como guia para uma decisão presente. Entender sua racionalidade, desta forma, significa entender como decisões passadas e presentes dialogam entre si – quais são os aspectos da decisão passada que são relevantes para a decisão presente. A ideia de romance em cadeia (Dworkin, 1986, p. 238) é muito útil para entender esse diálogo.

Imagine que vários romancistas se juntam para escrever, cada um deles, um capítulo de um romance. O primeiro capítulo é escrito por um, o segundo por outro, e assim sucessivamente. O autor do segundo capítulo terá certas limitações de “ajuste”, e essas limitações tenderão a aumentar para os autores subsequentes. Isso porque o romance deve ter um sentido, e esse sentido só pode ser mantido caso todos os autores (com exceção do primeiro) respeitem (ou ajustem-se) ao que foi dito anteriormente.

É possível extrair dessa analogia com a literatura duas dimensões de conduta ao intérprete. Primeiro, ele não pode adotar uma interpretação que reflita sua leitura individual da obra – à qual nenhum outro autor poderia chegar – pois isso significa fugir da própria ideia de romance em cadeia. Segundo, ele também deve escolher, entre as interpretações possíveis, aquela que se ajusta melhor à obra como um todo. Essas dimensões devem ser levadas em conta em todas as etapas da obra.

Em um sistema jurídico em que há respeito aos precedentes é possível identificar um processo contínuo de julgamento – um romance em cadeia. O juiz, ao decidir, não tem em vista apenas as circunstâncias do caso concreto, mas também decisões passadas que sejam pertinentes a ele. Há um diálogo fundamentado com decisões anteriores.⁹

Esse diálogo, no entanto, tem menos a ver com a identidade entre o conteúdo das decisões passadas e presentes e mais com as razões para decidir de cada julgado. É nesse sentido que aponta Neil Duxbury:

A doutrina [do stare decisis] evoluiu menos em ra-

9 Para uma descrição bastante clara da ideia de romance em cadeia, ver o livro *Ronald Dworkin*, de Guest (2010, pp. 55-61).

ção da hierarquia entre tribunais e mais em razão da mudança [...] que tornou os julgamentos fundamentados mais visíveis e relevantes, bem como pelas melhoras graduais nos relatórios de jurisprudência (inclusive manuscritos) que garantiram uma documentação cuidadosa e a identificação dos argumentos centrais desses julgados. Para os advogados, precedentes judiciais se tornaram uma questão de encontrar decisões anteriores que fossem análogas, proferidas por um tribunal adequado, baseadas em fundamentação que, se considerada persuasiva pelo tribunal encarregado de decidir o caso concreto, provavelmente sentenciaria em favor de seu cliente. A autoridade do precedente tem muito a ver com os precedentes terem sido compreendidos e valorizados enquanto fontes de razões em casos materialmente idênticos, não somente pelo conteúdo decidido.¹⁰ (Duxbury, 2008, p. 57; traduzi e destaquei)

O conjunto das razões para decidir de um julgado também é chamado de *ratio decidendi*.¹¹ Para os fins deste artigo, utilizarei uma concepção ampla de *ratio decidendi*, definida por Neil MacCormick e Robert Summers nos seguintes termos:

Ratio decidendi é uma decisão, expressa ou implicitamente dada por um juiz, que é suficiente para resolver uma questão de direito posta em causa

10 Tradução livre: “[...] The doctrine [of *stare decisis*] evolved, rather, primarily because the shift to post-verdict arguments made reasoned judgments more visible and significant, and because gradual improvements in law reporting (including headnote writing) ensured that, in general, such judgments were carefully documented and the key points of reasoning identifiable. For counsel, seeking a judicial precedent became a matter of searching for an analogous earlier decision, reached by an appropriate court, based on reasoning which, if considered persuasive by the court deciding the current case, would probably guarantee a ruling in their client’s favour. The authority of precedent has much to do with the fact that precedents came to be understood, and valued, as sources of reason, not merely as rulings, in materially identical cases.”

11 No *common law* americano, utiliza-se a expressão *holding* em vez de *ratio decidendi*. Nesse sentido: “On the traditional account, the holding – which is very close to but not identical with the *ratio decidendi* – is the legal rule that determines the outcome of the case”. (Schauer, 2009, p. 54). Para uma introdução sobre o sistema de precedentes norte-americano, ver o livro *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*, de Fine (2011, pp. 67-87) e o livro *Interpreting Precedents: a comparative study*, de MacCormick & Summers (1997, pp. 355-407).

pelos argumentos das partes. Ela é o ponto necessário para a justificação da decisão (ou de uma das alternativas a ela) no caso.¹² (MacCormick & Summers, 1997, p. 338; traduzi e destaquei)

Nesse sentido, em se tratando de *ratio decidendi*, o que importa são as razões e justificações (a linha argumentativa) que levam a uma decisão. A autoridade do precedente, nesse sentido, está em sua *ratio decidendi*¹³ mais do que na própria solução dada ao problema de direito. A ideia de *ratio* é importante porque decisões judiciais frequentemente são acompanhadas por variadas justificações de variada importância.¹⁴

É importante, nesse ponto, estabelecer claramente as diferenças entre dois conceitos. As ideias fundamentais para a justificação da decisão, conforme afirmado, compõem a *ratio decidendi*. Os componentes marginais ao argumento geral – aquilo que é dito a propósito do caso em si – compõem o *obiter dictum*.

A fronteira entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é construída de maneira argumentativa. Apesar de raramente existir consenso absoluto em se tratando de interpretação (e, em especial, de interpretação constitucional), essa distinção ajuda a raciocinar de maneira mais clara no disputado terreno do direito.

Entender o processo decisório do STF é fundamental

12 Tradução livre: “A *ratio decidendi* is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties’ arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his[her] justification (or one of his[her] alternative justifications) of the decision in the case”. (MacCormick & Summers, 1997, p. 338). Definições bastante amplas também são adotadas por outros autores, como a de Duxbury (2008), Bustamante (2007) e Vojvodic (2012).

13 H. A. Goodhart propõe que se entenda a *ratio decidendi* de um caso como os fatos que o juiz tenha considerado enquanto fatos da demanda, juntamente com a sua decisão baseada em tais fatos (Goodhart, 1930). Compartilho da crítica de Schauer (2009, p. 51), segundo a qual tal definição não ajuda muito: “Goodhart’s solution turns out not to help very much”.

14 “O juiz, no processo de subsunção, articula diversas espécies de razões. Cada uma destas razões desempenha um determinado papel, possui um certo grau de relevância no todo. Há aquelas fundamentais para a decisão. Outras cumprem papel subsidiário. Outras, ainda, são pura retórica, absolutamente secundárias. Não se pode perder de vista, porém, seu valor argumentativo, simbólico, emocional”. (Mendes, 2010, p. 2).

para que se exerça controle sobre suas decisões. A falta de clareza, coerência e a dificuldade em se encontrar a *ratio decidendi* dos casos são obstáculos ao exercício desse controle (Vojvodic, 2009, p. 25). Como exemplo disso, não parece existir grande preocupação da corte em estabelecer parâmetros para decisões de casos futuros, ao menos no caso da súmula vinculante nº 33.

1.1.2 Problema e hipótese de pesquisa

Afirmar que a necessidade de que súmulas vinculantes sejam editadas a partir de “reiteradas decisões sobre matéria constitucional” é um mecanismo de controle da atuação do STF. Também afirmar que tais decisões devem ser constituídas de precedentes formados a partir de *rationes decidendi* semelhantes. Isso significa que deve haver uma jurisprudência consistente do tribunal sobre o assunto tratado na súmula – e o seu enunciado, por sua vez, consubstanciará essas razões de decisão.

O interessante é que o instituto que foi criado para conferir autoridade ao STF, num sistema cuja racionalidade judicial não é pautada em precedentes, exige que tais enunciados sejam editados justamente a partir de precedentes. É exigência constitucional, portanto, que o STF incorpore uma racionalidade de precedentes na edição de súmulas vinculantes, caso contrário, estar-se-á violando o requisito de “reiteradas decisões sobre matéria constitucional” (Glezer, 2012, p. 18).

Há, portanto, um choque de racionalidades. O modelo de argumentação tradicional brasileiro traça relações entre julgados em um nível muito mais conceitual do que fático. Nesse modelo, os ministros do STF fundamentam seus votos a partir de casos paradigmáticos em razão do aprofundamento argumentativo de conceitos abstratamente considerados (por exemplo, o caso do direito de greve dos servidores públicos).¹⁵

15 O modelo tradicional brasileiro tem bastante semelhança com aquele descrito por Lopez Medina (2006, p. 115-117) quanto ao sistema colombiano e sua incompatibilidade com a lógica de precedentes: “El análisis jurisprudencial usual en Colombia no se elabora en torno a situaciones fácticas bien delimitadas, sino, más bien, en torno a un referente conceptual común. Por esta razón la búsqueda de jurisprudencia relevante se hace con la ayuda de tesauros conceptuales y no a través de la identificación de analogías fácticas entre sentencias. [...] A estas dos formas legítimas de utilización del precedente se contraponen una ilegítima: las citaciones

No modelo de relações fáticas, os ministros fundamentam seus votos a partir de decisões passadas tomadas em casos análogos à lide sob exame – casos de tutela de direitos semelhantes (diante da ausência de regulamentação do art. 37, VII, da CF, quais categorias profissionais têm direito de greve, e quais as suas limitações, *de fato?*). A estipulação de casos semelhantes depende de esforço interpretativo da autoridade judicial. Nada obstante, diferentemente do que ocorre na racionalidade de semelhança conceitual, exige-se que a autoridade judicial fundamente a suficiente semelhança entre os casos.

A racionalidade de precedentes não está tanto na relação hierárquica entre os tribunais ou na obediência às decisões anteriores quanto na valorização do tratamento idêntico entre casos semelhantes. Com isso, além de se evitar vinculações arbitrárias ou *ad hoc*, também se limita o grau de discricionariedade dos juízes, garantindo maior segurança e previsibilidade (Glezer, 2011, p. 16). Conforme afirmado, essa racionalidade tem menos a ver com a solução dada pelas decisões (ou seja, a parte dispositiva da decisão) e mais com as razões para decidir de cada julgado, a chamada *ratio decidendi*.

Neste artigo procuro averiguar de que maneira os ministros do STF lidaram, em um caso específico, com a problemática decorrente da edição de súmulas vinculantes numa cultura jurídica em que a fundamentação judicial é mais centrada em conceitos do que em aspectos fáticos da demanda.

Com isso em mente, é possível apresentar meu problema de pesquisa: o STF, ao aprovar a súmula vinculante nº 33, atendeu ao requisito de “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, entendido dentro

jurisprudenciales basadas en autoridad meramente conceptual pueden, de hecho, dar lugar a que se cometa una vía de hecho cuando de su utilización se derive que los jueces terminen ignorando o inaplicando precedentes existentes de autoridad analógica. En estos casos se desplaza una sentencia con fuerza primaria de precedente por otra que sólo tiene fuerza secundaria por tratarse de un referente conceptual común. Este defecto es relativamente frecuente en la jurisprudencia colombiana: de hecho, la utilización de jurisprudencia de autoridad conceptual (en desconocimiento de casos análogos ya fallados) es una de las características típicas del régimen de jurisprudencia meramente indicativo (sistema libre de jurisprudencia)”.¹⁵

da mencionada concepção de “formação de precedentes”? Em outras palavras, o STF criou um enunciado vinculante com base nos limites estritos de sua jurisprudência, notadamente em âmbito fático?

Minha hipótese é de que o STF não se adequou a esse requisito, pois editou a súmula vinculante nº 33 sem que (i) houvesse clareza fática na *ratio* de cada decisão e (ii) a *ratio* de todas as decisões fosse a mesma. A “hipótese nula”¹⁶ de meu artigo, por outro lado, se verificaria não apenas se identificada a articulação, pelos ministros do STF, de uma *ratio decidendi* com clareza fática nas “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, mas se além disso essa *ratio* fosse a mesma em todas essas decisões. Isso porque esse requisito deve ser entendido no sentido de haver jurisprudência já pacificada no tribunal sobre o assunto sumulado.

1.2 Metodologia: recorte temático, técnica e delimitação do objeto

Conforme afirmado anteriormente, para os fins deste artigo, entendo *ratio decidendi* como a linha argumentativa principal utilizada pelos juízes em um caso. O modelo de argumentação característico da racionalidade por precedentes é predominantemente fático, enquanto o modelo de argumentação tradicional brasileiro traça relações entre julgados em um nível muito mais conceitual do que fático. Nesse modelo, os ministros do STF fundamentam seus votos a partir de casos paradigmáticos em razão do aprofundamento argumentativo de conceitos abstratamente considerados. Procurarei, neste artigo, averiguar de que modo os ministros do STF lidaram com essa tensão.

Dentre os muitos recortes que poderia estabelecer, optei pela análise da súmula vinculante nº 33. Isso porque na pesquisa exploratória identifiquei uma potencial inconsistência entre os aspectos fáticos de cada uma das “reiteradas decisões sobre matéria constitucional” que subsidiaram a aprovação dessa súmula. Também identifiquei potenciais inconsistências nos debates que levaram à sua aprovação, com risco de eventual extrapolação de competência e dos

¹⁶ Em linhas gerais, hipótese nula é a hipótese apresentada sobre determinados fatos cuja falsidade se tenta provar através de um “teste de hipóteses”. Ou seja: aquilo que eu deveria encontrar “no mundo” para refutar a minha hipótese alternativa (no caso, minha hipótese de pesquisa).

poderes do STF ao aprovar o enunciado. Por fim, a mencionada súmula foi editada com base em uma série de mandados de injunção, algo inédito até então.

A súmula em questão estabelece que:

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 (grifo meu).

O art. 40, § 4º da Constituição Federal necessita, segundo a própria Constituição, de regulamentação complementar. Devido à ausência dessa regulamentação, o direito à aposentadoria especial foi negado a alguns servidores públicos. Tornando-se assim inviável o exercício de um direito, muitos mandados de injunção (MI) foram impetrados no Supremo Tribunal Federal, pleiteando o direito à aposentadoria especial para esses servidores. Estima-se que, de 2005 a 2013, o STF recebeu 5219 mandados de injunção. Desses, 4892 tratavam do problema da ausência de regulamentação desse artigo.¹⁷

Para responder à minha pergunta de pesquisa, dividi este artigo em duas partes. Primeiro, analiso como o STF lidou com o problema jurídico da ausência de regulamentação do art. 40, § 4º, da CF, tanto durante a discussão da súmula quanto nos casos que a precederam – e foram selecionados para análise. Segundo, aponto algumas contradições e inconsistências na solução dada pelo STF.

Inicialmente, faço um panorama legislativo sobre o problema jurídico aqui tratado, no qual abordo os principais dispositivos envolvidos na questão da aposentadoria especial de servidores públicos. Esse panorama dará subsídios para que se compreenda a fundamentação dos casos analisados.

Para analisar a maneira como o STF lidou com o problema da ausência de regulamentação do art. 40, § 4º, da CF, analisei a Proposta de Súmula Vinculante

¹⁷ Debates da súmula vinculante nº 33, p. 54. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_45.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2015.

nº 45 (PSV 45)¹⁸, feita pelo ministro Gilmar Mendes, e que originou a Súmula vinculante nº 33, publicada no dia 24 de abril de 2014, além dos debates envolvidos na aprovação da súmula.

A partir do panorama legislativo traçado e da concepção de *ratio decidendi* adotada no capítulo anterior, analisei as decisões elencadas como “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, além de outros julgados citados nessas decisões. A análise desses julgados se justifica na medida em que permite o contato com decisões que, de alguma maneira, ajudaram a compor o sentido de cada uma das “reiteradas decisões”.

As “reiteradas decisões sobre matéria constitucional” estão elencadas na própria súmula. No caso da súmula vinculante nº 33, conforme afirmado, tratam-se de vários mandados de injunção, todos elencados na tabela abaixo.¹⁹

Quanto às outras decisões citadas nas “reiteradas decisões”²⁰, a seleção se deu de acordo com a pertinência temática dos julgados citados, excluindo-se aqueles que fugiam do escopo desta pesquisa (como decisões sobre a natureza do mandado de injunção, sobre o direito de greve dos servidores públicos, etc.). Dessa forma, foram consideradas todas as decisões anteriores às “reiteradas decisões” e *expressamente* citadas nessas “reiteradas decisões”, com *menção expressa* à aposentadoria especial de servidores públicos. Acórdãos no mesmo sentido²¹ elencados por ou-

tros julgados foram analisados de maneira conjunta, pois a solução jurídica dada a esses casos é a mesma.

CASOS ANALISADOS	
Reiteradas decisões sobre matéria constitucional.	MI 721, MI 788, MI 795, MI 921, MI 1328, MI 1527, MI 2120, MI 1785, Segundo AgR ²² MI 4158, AgR MI 1596
Decisões expressamente citadas nas “reiteradas decisões sobre matéria constitucional” e com menção expressa à aposentadoria especial de servidores públicos.	ED MI 1286, ED MI 758, AgR MI 3875, MI 1304, ARE 727.541 AgR, AgR MI 1967, MI 1596, MI 4352, MI 1157, MI 1661, MI 820, MI 1099, MI 912, MI 866, MI 770, MI 800 e MI 1125

Em síntese, meus passos metodológicos foram: (1) analisei a súmula e os debates sobre a súmula; (2) verifiquei quais os critérios constitucionais para edição de uma súmula; (3) encontrei algumas inconsistências entre as “reiteradas decisões sobre matéria constitucional” (requisito constitucional para aprovação de uma súmula) elencadas na própria súmula; (4) defini um parâmetro segundo o qual eu avaliaria se as decisões eram pacíficas e reiteradas: clareza fática na *ratio* de cada “reiterada decisão” e a *ratio*

ção de Análise de Sucessivos. Os acórdãos sucessivos correspondem aos acórdãos de conteúdo semelhante, e às vezes idêntico, ao principal, segundo apreciação dos analistas do órgão. *Isso significa que os acórdãos reiterados no mesmo sentido não estão disponibilizados no banco de dados eletrônicos, mas apenas o acórdão principal, ao qual se agregam os reiterados.* Apesar de a divisão dos acórdãos em principal e sucessivo ser uma estratégia interessante para evitar que o usuário tome contato com alto número de acórdãos idênticos, deve-se salientar que a filtragem da jurisprudência é realizada pelo Supremo [Tribunal Federal], e não pelo usuário. Em outros termos, a ausência de um banco de dados completo dificulta a interpretação do usuário sobre o significado do conjunto de julgados na jurisprudência do Supremo, assim como impede análises quantitativas mais precisas. Os acórdãos sucessivos não são indexados (grifo meu)”. (Veçoso, 2014, p. 118).

²² Abreviatura para Agravo Regimental. De acordo com o glossário jurídico disponibilizado pelo STF, trata-se de recurso ao plenário ou a uma turma contra despacho de ministro. Cabe quando a decisão do ministro negar um recurso apresentado. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=133>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

18 A Proposta de Súmula Vinculante nº 45 e os debates para a sua aprovação estão disponíveis no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_33__PSV_45.pdf>http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_45.pdf http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_33__PSV_45.pdfhttp://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_45.pdfhttp://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_33__PSV_45.pdf. Acesso em: 22 abr. 2015.

19 O enunciado da súmula e as decisões elencadas estão disponíveis no site: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=33.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

20 Neste trabalho utilizo ora a expressão “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, ora a expressão “reiteradas decisões”. Elas designam a mesma coisa, e faço uso de ambas para evitar repetições.

21 “A divisão entre acórdãos principais e sucessivos é feita pela Se-

de todas essas decisões ser a mesma; (5) defini um método pelo qual selecionaria os casos que analisaria: selecionei tanto as “reiteradas decisões sobre matéria constitucional” quanto acórdãos por elas citados que faziam menção expressa à aposentadoria especial de servidores públicos; (8) sintetizei as informações encontradas nas diferentes decisões pesquisadas, apontando contradições entre o conteúdo delas e o do enunciado sumulado, inconsistências entre esses julgados e outros problemas adicionais; (9) comparei esses resultados com a exigência constitucional de que a súmula fosse aprovada a “partir de reiteradas decisões sobre matéria constitucional”.

Minha hipótese estará comprovada caso, nos julgados selecionados e analisados, (i) não haja clareza fática na *ratio* e (ii) não haja identidade entre as *rationes* das decisões elencadas como “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”.

2 A súmula vinculante nº 33 – o problema jurídico da ausência de regulamentação complementar

2.1 Panorama legislativo: o que diz a lei?

Conforme afirmei acima, o art. 40, § 4º da Constituição Federal necessita de regulamentação complementar. Diante da falta de norma regulamentadora, muitos mandados de injunção foram impetrados no STF. Nesse contexto foi editada a súmula vinculante nº 33.

A súmula em questão faz menção às Regras do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), instituídas pela Lei nº 8.213/91. Essa lei, em apenas dois artigos (57 e 58), trata da aposentadoria especial. No entanto, o art. 57 não é autoaplicável: sua regulamentação foi instituída pelos decretos nº 55.831/64²³ e nº 83.080/79²⁴, ambos revogados pelo decreto nº 3.048/99.²⁵

23 “Dispõe sobre a aposentadoria especial instituída pela Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D53831.htm>. Acesso em: 2 set. 2014.

24 “Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D83080.htm>. Acesso em: 2 set. 2014.

25 “Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 2 set. 2014.

O art. 64 e parágrafos deste Decreto estabelecem que a aposentadoria especial depende de comprovação de (i) tempo de trabalho e (ii) exposição do segurado aos agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física. Quanto a (ii), consideram-se condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física aquelas que, devido à exposição a agente nocivo, (a) estejam acima do limite de tolerância estabelecido segundo critérios quantitativos ou (b) estejam caracterizadas segundo critérios previstos no § 2º do art. 68. Quanto a (b), a avaliação qualitativa de riscos deverá comprovar as circunstâncias de exposição ocupacional a determinado agente nocivo, as fontes de liberação desses agentes e os meios de contato ou exposição dos trabalhadores. O INSS é a autoridade responsável por estabelecer os procedimentos em se tratando de aposentadoria especial, e está autorizado, caso considere necessário, a confirmar essas informações.

Ainda no mesmo decreto, o anexo IV trata “Da Classificação dos Agentes Nocivos”. Nele está previsto que:

O que determina o direito ao benefício é a exposição do trabalhador ao agente nocivo presente no ambiente de trabalho e no processo produtivo, em nível de concentração superior aos limites de tolerância estabelecidos.

O rol de agentes nocivos é exaustivo, enquanto que as atividades listadas, nas quais pode haver a exposição, é exemplificativa (grifo meu).

Nesse sentido, ainda que o rol de agentes nocivos seja exaustivo, as atividades listadas são meramente exemplificativas. Há uma margem de discricionariedade da autoridade competente na delimitação do que sejam atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

No caso dos servidores públicos, é vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria, exceto em três casos, que deveriam ser regulamentados por legislação complementar: servidores portadores de deficiência²⁶, servidores que

26 O inciso I, § 4º do art. 40 da CF utiliza a expressão “servidores portadores de deficiência”. No entanto, utilizei a expressão “servidores com deficiência” e semelhantes, e não *portadores*, con-

exercçam atividades de risco ou servidores cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

A legislação complementar não foi editada. É nesse contexto que se insere o problema jurídico levado ao STF: a saber – quem, de fato, tem direito à aposentadoria especial?

Numa tentativa de mitigar esse problema, a súmula vinculante (SV) 33 determina a aplicação do RGPS ao terceiro caso de aposentação especial previsto no art. 40, § 4º: servidores cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Essa determinação, no entanto, dá margem a uma série de dúvidas: todos os critérios de aposentação especial previstos no RGPS se apli-

forme estabelece a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências, da Organização das Nações Unidas (ONU), de 2007, aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro por meio do Decreto nº 186/2008 e conforme o procedimento do parágrafo 3º do art. 5º da Constituição, promulgado pela Presidência da República no Decreto nº 6.949/2009.

cam aos servidores públicos? Se não, quem determina quais critérios deverão ser aplicados: o STF (junto ao qual foram interpostos os mandados de injunção) ou o INSS (autoridade competente por estabelecer os procedimentos e analisar os documentos relacionados à aposentadoria especial)? Visando a responder a essas perguntas, passo à análise das “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”.

2.2 Análise dos casos

2.2.2 Reiteradas decisões sobre matéria constitucional

Nesta seção analisarei as “reiteradas decisões sobre matéria constitucional” elencadas na súmula vinculante nº 33. Aqui, procurarei mais problematizar que descrever os casos. De início, tratarei das questões fáticas mais pertinentes abordadas nessas decisões para, na sequência, tratar da roupagem jurídica que o STF deu ao caso.

A tabela a seguir traz, de forma sistematizada, algumas informações relevantes sobre a SV 33:

Esquematização da Súmula Vinculante nº 33					
Enunciado	Data Aprovação / Publicação	Referência Constitucional	Referência Legal	Reiteradas decisões sobre matéria constitucional	Publicação de Prec.
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.	24/04/2014 / 24/04/2014	Art. 40, § 4º, III	Lei nº 8.213/1991, art. 57 e 58	MI 721 MI 795 MI 788 MI 2120 MI 1785 Segundo AgR MI 4158 AgR MI 1596 Segundo AgR MI 3215 MI 925 MI 1328 MI 1527	30/11/2007 15/04/2009 15/04/2009 23/06/2009 14/12/2009 23/02/2010 23/03/2010 16/03/2010 16/05/2013 24/04/2013 18/12/2013

Fonte: autoria própria (2015).

Questões fáticas

Neste tópico tratarei das questões fáticas mais importantes abordadas nas “reiteradas decisões”, visando a entender de que maneira tais fatos compõem (ou não) a regra jurídica que se extrai dessas decisões. Nesse sentido, abordarei quais as atividades exercidas pelos pleiteantes e por quanto tempo essas atividades foram exercidas.

Começo pelas atividades profissionais exercidas pelos pleiteantes da aposentadoria especial. Num caso, o pleiteante é servidor da Secretaria de Estado de Saúde (MI 1328, sem maiores informações sobre a atividade desempenhada). Em outros dois casos, o pleiteante é auxiliar de enfermagem (MI 721 e MI 1527). Há um caso em que o pleiteante é servidor público federal e médico (MI 2120). Em dois casos, os pleiteantes atuam na Polícia Civil (como investigador, no MI 795, e como escrivã, no MI 788). Em outros dois, não há quaisquer informações sobre a atividade desempenhada pelo pleiteante (MI 925 e MI 1785). Por fim, em três casos, trata-se de servidores públicos com deficiência, hipótese não abarcada pela súmula vinculante nº 33 (AgR MI 1596, Segundo AgR MI 3215 e Segundo AgR MI 4158).

Pouco se comenta sobre as atividades exercidas pelos pleiteantes, de maneira que a regra jurídica extraída dos casos não contempla a respectiva atividade desempenhada por eles. Desta forma, não foi possível determinar quais profissões ou categorias profissionais estariam abarcadas pela súmula vinculante nº 33.

A contagem do tempo trabalhado é outra questão que escapa aos ministros. Na próxima seção serão abordados os aspectos jurídicos dela – aqui, será abordado apenas por quantos anos o pleiteante exerceu atividade sob condições especiais.

Em dois casos, o pleiteante trabalhou em condições especiais por 25 anos (MI 721 e MI 795). Em outro, trabalhou por 31 anos (MI 788), e por fim, no MI 1527, o pleiteante trabalhou por 29 anos. Não há qualquer informação sobre os demais julgados.

Nota-se que há certo descaso dos ministros na apreciação das circunstâncias fáticas das demandas. Uma falha bastante séria, afinal, a questão jurídica

aqui tratada é bastante sensível às circunstâncias fáticas dos casos.

Questões jurídicas

Neste tópico tratarei da roupagem jurídica dada à questão “quem, de fato, tem direito à aposentadoria especial?”. Para isso, defino, em linhas gerais, o que entendo por *leading case*. Em seguida, exponho as três regras jurídicas extraídas das “reiteradas decisões”. Por fim, abordo alguns outros pontos pertinentes em decisões específicas.

Para os fins deste artigo, entendo *leading case* como o caso considerado em decisões posteriores que articula um padrão decisório dominante.²⁷ Vale dizer que o estabelecimento de um *leading case* não necessariamente passa pela citação de uma decisão em todos os casos semelhantes subsequentes. Um caso pode se tornar *leading case* quando cria um padrão decisório que se repete de maneira constante na jurisprudência de um dado tribunal. A citação recorrente de um mesmo caso como padrão decisório, no entanto, permite essa identificação de maneira mais clara.

É possível extrair três regras jurídicas dos casos analisados. A primeira delas determina a aplicação somente do art. 57 da Lei nº 8.213/91 ao art. 40, § 4º da CF.²⁸ A segunda delas determina a aplicação somente do art. 57, § 1º da Lei nº 8.213/91 ao art. 40, § 4º da CF.²⁹ Por fim, a terceira delas determina a aplicação dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/91 ao art. 40, § 4º da CF.³⁰

O *leading case* da súmula vinculante nº 33 é o MI 721, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Isso porque ele é citado em praticamente todas as reiteradas decisões sobre matéria constitucional elencadas na súmula.³¹ Neste caso, o Ministro Relator reconheceu a mora legislativa, e aplicou, ao caso, o art. 57, § 1º da Lei nº 8.213/91. Julgou parcialmente procedente o

27 Ver, entre outros, MacCormick & Summers (1997, p. 389): “A ‘leading case’ establishes the law on a major point and is recognized for this”.

28 MI 795, MI 1328, MI 1527, MI 1785 e MI 2120.

29 MI 721, AgR MI 1596, Segundo AgR MI 3215 e o Segundo AgR MI 4158.

30 MI 788 e MI 925.

31 Os únicos casos em que ele não é expressamente citado são o Segundo AgR MI 3215 e o MI 1328.

pedido para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à aposentadoria especial. Apesar do pedido de vista do Ministro Eros Grau, a Corte acompanhou a decisão do Relator e, por unanimidade, julgou parcialmente procedente o pedido. Não houve qualquer delimitação de quais circunstâncias fáticas seriam relevantes para o caso, e a fundamentação se deu em razão de conceitos abstratamente considerados.

No AgR MI 1596, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, aplicou-se, por unanimidade, essa mesma regra jurídica ao caso, sem qualquer consideração sobre as circunstâncias fáticas. Da mesma forma foram decididos o Segundo AgR MI 3215, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e o Segundo AgR MI 4158, de relatoria do Ministro Luiz Fux, ambos por unanimidade e nos termos do voto do relator deixaram de tratar de questões de fatos.

O interessante é que três desses quatro casos tratam de hipótese distinta daquela assentada na súmula vinculante nº 33: o AgR MI 1596, o Segundo AgR MI 3215 e o Segundo AgR MI 4158 tratam de aposentadoria especial de servidor público com deficiência. Por que se utilizaram do entendimento de um caso que trata de aposentadoria de servidor público que é auxiliar de enfermagem? Isso demonstra falta de clareza fática na análise das demandas, e pode ter consequências na capacidade de orientação jurisprudencial da Corte. Para comprovar essa hipótese, no entanto, seria necessária outra investigação.

O MI 795, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, foi *leading case* no sentido de se permitir, numa questão de ordem, que os ministros decidam monocrática e definitivamente casos idênticos. Não houve, no entanto, delimitação clara do que seriam “casos idênticos”, e houve pouca deliberação sobre o tema. Deu-se mais atenção ao problema jurídico levado até a Corte, e, nesse sentido, determinou-se a aplicação do art. 57 da Lei nº 8.213/91 ao art. 40, § 4º da CF. Também se determinou, pela primeira vez de forma explícita, que a comprovação dos dados pertinentes à aposentação deveria ser feita pela autoridade administrativa competente (o Instituto Nacional do Seguro Nacional – INSS).

No MI 1328, de relatoria do Ministro Lewandowski,

aplicou-se essa mesma regra jurídica ao caso. Da mesma forma, no MI 1527, de relatoria do Ministro Eros Grau, no MI 1785, de relatoria da Ministra Ellen Gracie e no MI 2120, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Todos esses casos foram decisões monocráticas, e em nenhum deles houve qualquer destaque às circunstâncias fáticas da demanda analisada.

O MI 788, de relatoria do ministro Carlos Ayres Brito, determinou a aplicação dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/91 ao art. 40, § 4º da CF. Apesar da menção que faz ao MI 721 e ao MI 758, entendendo-os como “precedentes”, a regra jurídica resultante da decisão é mais ampla que naqueles (que determinava a aplicação somente do art. 57, § 1º da Lei nº 8.213/91 ao art. 40, § 4º da CF). O MI 925, decisão monocrática proferida pelo Ministro Cezar Peluso, também aplica essa mesma regra jurídica, sem maiores esforços argumentativos.

É pertinente, ainda, destacar que no AgR MI 1596 determinou-se a não admissibilidade de conversão de períodos especiais em períodos comuns, mas apenas a concessão da aposentaria especial mediante prova do exercício de atividades sob condições nocivas. Nesse sentido:

Não se admite a conversão de períodos especiais em comuns, mas apenas a concessão da aposentadoria especial mediante a prova do exercício de atividades exercidas em condições nocivas. Apesar de ser permitida no RGPS, no serviço público é expressamente vedada a contagem de tempo ficto, com fundamento no art. 40, § 10, da Constituição (‘A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício’). Nesse sentido: MI 3875 AgR/RS.³²

Esse entendimento aparece em um trecho da ementa da decisão:

A Constituição, deve ser suprida mediante a aplicação das normas do Regime Geral de Previdência Social previstas na Lei 8.213/91 e no Decreto 3.048/99. Não se admite a conversão de períodos especiais em comuns, mas apenas a concessão da

32 STF: AgR MI 1596/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 16/05/2013, p. 8.

aposentadoria especial mediante a prova do exercício de atividades exercidas em condições nocivas. Ainda, a jurisprudência do STF também reconhece o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos portadores de deficiência³³ (grifo meu).

No MI 788, no entanto, houve determinação bastante distinta. O Ministro Carlos Britto, fazendo referência ao MI 721 e ao MI 758, afirmou que nesses casos reconheceu-se

o direito do servidor público à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade insalubre, após a implantação do regime estatutário, para fins de aposentadoria especial referida no § 4º do art. 40 da Constituição Federal.³⁴

Há, portanto, uma contradição entre as determinações dos precedentes. O AgR MI 1596 foi julgado em 2013, enquanto o MI 788 foi julgado em 2009. Se houve superação de determinada orientação jurisprudencial, o STF não deixou isso claro nessas decisões. Afinal, inovar implica justificar muito bem o que se está mudando e os porquês. A ruptura com um precedente me pareceria exigir maior argumentação, e obriga a Corte a dialogar com a sua história.

O MI 1785 determinou que não cabe ao STF, em face de mandado de injunção, a especificação dos exatos critérios fáticos e jurídicos que deverão ser observados na análise que será feita pelo INSS:

Afastou esta Suprema Corte, assim, a pretensão de se obter, nessa estreita via processual, a especificação dos exatos critérios fáticos e jurídicos que deverão ser observados na análise dos pedidos concretos de aposentadoria especial, tarefa que caberá, exclusivamente, à autoridade administrativa competente ao se valer do que previsto no art. 57 da Lei nº 8.213/91 e nas demais normas de aposentação dos servidores públicos³⁵ (grifo meu).

No entanto, se enunciados vinculantes devem ser editados a partir de decisões que tenham clareza fá-

tica na fundamentação, ao transferir a competência da especificação desses critérios a outro agente (no caso, o INSS), há violação desse requisito. Também tratarei disso mais à frente.

O Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário Federal em Pernambuco - SINTRAJUF, no Segundo AgR MI 3215, alegou que a situação dos portadores de necessidades especiais não estava regulamentada pela Lei nº 8.213/91. No Segundo AgR MI 4158, a União pedia que fosse feita distinção entre as hipóteses de aposentadoria especial por insalubridade e aposentadoria especial de pessoa com deficiência. A Corte não adentrou nessas questões em nenhum dos casos. Não respondeu, portanto, às demandas levadas até ela.

Nota-se que não houve preocupação em construir uma *ratio decidendi* com clareza fática em cada julgado, nem comunicação entre as diferentes *ratio* dos julgados, do que são exemplos algumas das claras contradições apontadas entre decisões e os “precedentes” a que elas mesmas fazem referência. As regras jurídicas que se extraem de cada decisão foram construídas com base em preceitos abstratos – determinou-se a aplicação de um(s) dispositivo(s) legal(is) à omissão, nada mais. Nesse sentido, não foi possível determinar quais categorias profissionais são abrangidas pela súmula vinculante nº 33, nem os porquês de a contagem diferenciada não ter sido aceita.

2.2.3 Decisões citadas nas “reiteradas decisões”

Nesta seção começarei expondo as duas regras jurídicas que se extraem das decisões expressamente citadas nas “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”. Na sequência, abordarei outras questões pertinentes que, de alguma maneira, influenciam ou influenciaram a interpretação da súmula vinculante nº 33.

A primeira regra jurídica que se extrai determina a aplicação do art. 57 da Lei nº 8.213/91 ao art. 40, § 4º da CF.³⁶ A segunda regra jurídica, por sua vez, determina a aplicação do art. 57, § 1º da Lei nº 8.213/91 ao art. 40, § 4º.³⁷

33 STF: AgR MI 1596/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 16/05/2013, p. 2.

34 STF: MI 788-8/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 15/04/2009, p. 19.

35 STF: MI 1785/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 23/03/2010.

36 ED MI 1286, AgR MI 3875, AgR MI 1967, AgR MI 2934, AgR MI 3875, AgR ARE 727541, MI 770, MI 820, MI 866, MI 912, MI 1099, MI 1157 e MI 1661.

37 MI 758 e MI 4352.

No AgR MI 2934, de relatoria do Ministro Celso de Mello, novamente se assentou que não cabe indicar, em sede de mandado de injunção, a especificação dos exatos critérios fáticos e jurídicos que deverão ser observados na análise de pedidos concretos de aposentadoria especial. Essa tarefa cabe exclusivamente à autoridade administrativa competente, valendo-se, para isso, do disposto no art. 57 da Lei n 8.213/91. Esse entendimento se repete no AgR MI 1967 e no AgR MI 2934, ambos de relatoria do Ministro Celso de Mello.

No ED MI 1286, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o embargante problematizou essa questão. Alegou que seu órgão de lotação estaria criando obstáculos ao cumprimento da decisão no mandado de injunção, *sob o argumento de que o STF não teria fixado os critérios que deveriam ser observados pela Administração Pública ao examinar o pedido de aposentadoria*, em especial quanto aos seguintes pontos:

- a. Será exigida a satisfação do critério “idade”? (60 anos para homens e 55 anos para mulheres).
- b. Deverá ser observada alguma carência de tempo de serviço público (20 anos)?
- c. Deverá ser adotada a integralidade no pagamento dos proventos aos servidores?
- d. Deverá ser observada a paridade com ativos nos futuros reajustes dos servidores?

Na decisão, a ministra afirmou que a análise das condições de fato e de direito autorizadas da incidência do art. 57 da Lei n 8.213/91 são de competência exclusiva da autoridade administrativa, a quem incumbe aferir o preenchimento de todos os requisitos para a aposentação previstos no ordenamento jurídico vigente. Em face de mandado de injunção, cumpre ao Poder Judiciário apenas (i) a verificação da omissão de norma regulamentadora e (ii) a determinação de qual norma se aplicará ao caso. Esse entendimento foi, novamente, aceito por unanimidade na Corte.

Não compete a este Supremo Tribunal analisar o quadro fático-funcional da Impetrante para concluir pelo direito à sua aposentação, mas tão somente afastar o óbice da carência normativa a ser aplicada à espécie, se cumpridas as exigências da norma aplicável³⁸ (grifo meu).

38 STF: MI 758/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08/04/2014, p. 90.

Ou seja, reforçou-se o entendimento estabelecido no MI 1785, uma das “reiteradas decisões” da súmula vinculante n 33. Novamente, uma falha bastante séria, consideradas as finalidades desse instituto.

No AgR MI 3875, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, estabeleceu-se que o art. 40, § 4º, III, da CF, *não assegura contagem de prazo diferenciado ao servidor público, apenas aposentadoria especial nas hipóteses previstas em seus incisos*. O Ministro Marco Aurélio foi contra esse entendimento. Segundo ele, não se pode restringir a aplicação da Lei n 8.213/91 quanto à regência da matéria e entender que só há direito do servidor público de se aposentar de maneira especial quando perfizer o tempo comum. Se, para a aposentadoria, requer-se um período menor, logicamente, se se deixou o trabalho nocivo e se passou para um trabalho comum, o período deve ser computado de forma proporcional. Por maioria, a Corte seguiu o entendimento da ministra relatora.

Esse entendimento foi de encontro ao estabelecido no MI 758, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Nesse caso, determinou-se a aplicação do art. 57, § 1º da Lei n 8.213/91 quanto ao tempo de serviço e à idade:

Prevejo estes declaratórios para assentar que o exercício de direito há se fazer-se considerados apenas os parâmetros da Lei n 8.213/91, isso quanto ao tempo de serviço e à idade, ficando bem claro que esta última, pelo texto da citada lei, não é exigível para aposentadoria especial³⁹ (grifo meu).

O AgR MI 1596, “reiterada decisão” da súmula vinculante n 33, julgado em 16 de maio de 2013, vai no mesmo sentido que o AgR MI 3875, julgado em 9 de junho de 2011. O MI 758, “reiterada decisão”, cuja *ratio* é contrária a essas decisões, foi julgado em 1 de junho de 2008. Da mesma forma o MI 788, também “reiterada decisão”, julgado em 15 de abril de 2009.

Houve, portanto, mudança na orientação jurisprudencial do STF. No entanto, não houve justificção para essa mudança. Por que, em se tratando de aposentação especial, a contagem diferenciada de tempo não se aplica? Afinal, essa contagem diferenciada

39 STF: MI 758/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08/04/2014, p. 32.

existe no RGPS justamente para que o trabalhador possa usufruir de seu benefício.

Nas decisões citadas nos precedentes não houve, também, atenção quanto aos fatos materiais da demanda. Fatos como a atividade exercida pelo pleiteante e o tempo de serviço trabalhado foram ignorados, em grande parte sob a justificativa de que essa análise não competia ao STF – ou, ainda, que não competia ao STF nem a fixação de critérios de análise pela autoridade administrativa.

2.3 Debates de aprovação do enunciado da súmula

Nos debates de aprovação do enunciado da súmula também há pouca preocupação dos ministros em estabelecer qual a *ratio decidendi* dos casos elencados como “reiteradas decisões”, o que prejudica – quiçá inviabiliza – a capacidade de orientação do enunciado aprovado diante de casos concretos nas instâncias inferiores. À parte isso, nota-se que houve alguma preocupação (se verdadeira ou apenas retórica, é difícil afirmar) em se aprovar uma súmula que respeitasse o requisito de “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, como se observa nos seguintes excertos:

*O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Porque o Presidente, a meu ver, colocou com muita pertinência que a sumula vinculante deve basear-se em decisões reiteradas da Corte sobre matéria constitucional.*⁴⁰

[...]

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, eu gostaria de fazer umas observações e apresentar uma proposta ao Plenário. A dificuldade de se aprovar a redação de uma sumula e encontrar uma redação que represente exatamente aquilo que foi decidido nos precedentes que lhe dão suporte. Nós não estamos aqui, na aprovação da sumula, fazendo juízo ou decidindo sobre controvérsias que não foram previamente decididas.

*Estamos aqui no âmbito de um juízo de caráter administrativo, pois estamos tentando condensar decisões já tomadas. Há uma série de decisões tomadas nos vários mandados de injunção a respeito desse tema.*⁴¹

Neste tópico, tratarei de duas questões que saltam aos olhos quando da análise desses debates: (i) a qual dos incisos do art. 40, § 4º, da CF, se aplica a súmula e (ii) como se dá a contagem de tempo de trabalho no caso dos servidores públicos.

O ministro Joaquim Barbosa, presidente e relator, em seu voto, afirma que a súmula deve fazer referência apenas aos servidores que exerçam atividade em condições especiais que prejudiquem a saúde, nos termos do inciso III do art. 40, § 4º da CF. Segundo ele, a ampla jurisprudência da Corte trata especificamente desses casos.

O ministro Ricardo Lewandowski, complementando o que fora afirmado por Barbosa, colocou que, em relação ao inciso I (servidores com deficiência), não havia processos suficientes na Corte para se dizer que havia jurisprudência consolidada, uma vez que a Lei Complementar 142 havia sido editada após a PSV. Em relação ao inciso II (servidores em atividade de risco), ainda existiam mandados de injunção pendentes de julgamento. No mesmo sentido se pronunciou o ministro Luís Roberto Barroso: em relação aos servidores com deficiência, ainda há que se decidir o que fazer com os casos anteriores à edição da LC 142, e a Corte ainda não havia se manifestado sobre isso. Quanto à situação de risco, houve um pedido de vista em um caso, que estava em seu gabinete. Assim, a Corte só teria condições de sumular a questão relativa à insalubridade. Foi esse o posicionamento que se refletiu no enunciado da súmula.

Quanto à forma como deve se dar a contagem de tempo de trabalho no caso dos servidores públicos, houve discordâncias.

O ministro Teori Zavascki, por exemplo, manifesta-

40 STF: Primeira Ata de Publicação de Propostas de Edição, Revisão ou Cancelamento de Súmula com Efeito Vinculante, Proposta de Súmula Vinculante 45, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/10/2014, p. 53.

41 STF: Primeira Ata de Publicação de Propostas de Edição, Revisão ou Cancelamento de Súmula com Efeito Vinculante, Proposta de Súmula Vinculante 45, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/10/2014, p. 54.

-se no sentido de não serem cabíveis, em se tratando de mandado de injunção, pretensões no sentido de dirimir controvérsias específicas sobre conversão de tempo de serviço prestado em atividades exercidas em condições nocivas, para fins de aproveitamento, como serviço comum, de outra espécie de aposentadoria. Após citar uma série de casos, conclui o ministro que, em muitos dos mandados de injunção julgados, a Corte enfocou matérias além daquele objeto de proposta de súmula. Para lidar com o problema da alta demanda no STF, propõe o estabelecimento de eficácia vinculante às próprias decisões nos mandados de injunção. Nesse sentido, aquilo que o STF decidisse nos mandados de injunção se aplicaria não apenas às partes impetrantes, mas a todos os demais servidores *nas mesmas condições*.

O ministro não define o que seriam “mesmas condições”. Seriam mesmas condições fáticas? Mesma categoria profissional? Mesmo tempo de trabalho? Apesar disso, a proposta do ministro não foi acolhida – sequer foi discutida pelos demais ministros.

O ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, afirma que o Plenário já se pronunciou, em duas outras ocasiões (em face de agravo regimental em mandado de injunção) contra essa possibilidade. Em ambos os casos a Corte admitiu a concessão da aposentadoria especial nos moldes daquela concedida para os servidores do campo privado. A contagem especial de tempo de trabalho, no entanto, valeria apenas para os servidores privados.

Luiz Fux discorda dessa posição. Afinal, diz ele, se o objetivo da aposentadoria especial é reduzir a idade e o tempo de contribuição, ante a exigência de uma certa idade, esvazia-se a aposentadoria especial. Na prática, estar-se-ia negando um direito previsto na Constituição, porque se um indivíduo trabalhar por determinados anos em condições de insalubridade, e não puder averbar esse tempo, ele será equiparado ao servidor comum – quando ele tem um ônus do qual a Constituição o quis proteger. Essa mesma posição foi seguida pelos ministros Marco Aurélio e Luís Roberto Barroso.

Apesar da divergência e dos diferentes posicionamentos trazidos pelos ministros, nos debates, não se chegou a

um consenso sobre como deveria se dar a contagem de tempo de trabalho em se tratando de aposentadoria especial de servidores públicos. Isso se refletiu também na seleção das “reiteradas decisões”, bem como no sentido que se pretendia dar à súmula. Problematizarei essa (e outras) questão(ões) no próximo tópico.

3 Afinal, quem tem direito à aposentadoria especial?

O objetivo deste artigo, conforme exposto na introdução, consiste na averiguação de se o STF, ao aprovar a súmula vinculante nº 33, atendeu ao requisito de “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, entendendo-o dentro de uma racionalidade de precedentes. Minha hipótese é de que o STF não respondeu a esse requisito, pois essa súmula não foi criada dentro dos parâmetros estabelecidos pela EC nº 45/2004. Isso porque o modelo de argumentação característico da racionalidade de precedentes é predominantemente fático, enquanto o modelo de argumentação tradicional brasileiro traça relações entre julgados em um nível mais conceitual. Procurei averiguar de que o modo os ministros do STF lidaram com essa tensão.

O critério essencial na identificação da *ratio decidendi* é a fundamentação jurídica criada sobre os fatos da demanda (ou seja, a linha argumentativa principal de um caso). Nesse sentido, sua relevância depende do grau de detalhamento dos fatos, que permite a análise de semelhança ou distinção em relação a outras demandas. No caso da súmula vinculante nº 33, a questão jurídica é: quem, de fato, tem direito à aposentadoria especial?

Da análise dos casos pude constatar dois problemas decorrentes do fato de o STF não levar em conta a *ratio decidendi* das “reiteradas decisões” indicadas:

- a. Contradição entre o conteúdo dos precedentes e o conteúdo do enunciado sumulado;
- b. Julgados inconsistentes entre si.

3.1 Contradições entre o conteúdo das “reiteradas decisões” e o conteúdo do enunciado sumulado

O enunciado da súmula vinculante nº 33 determina a aplicação das regras do Regime Geral da Previdência Social (Lei 8.213/91) sobre aposentadoria especial

ao art. 40, § 4º, inciso III, da Constituição Federal. Ela não trata, portanto, de todas as hipóteses de servidores públicos que têm direito à aposentadoria especial, mas apenas de uma hipótese: servidores cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

A Lei 8.213/91 tem dois artigos que tratam de aposentadoria especial, o art. 57 e o art. 58, presentes na Subseção IV, sob o título “Da Aposentadoria Especial”. Além do tempo de trabalho sob condições especiais necessário para a concessão do benefício, esta lei estabelece o INSS como autoridade competente na análise da documentação necessária para aposentação. Também determina que os agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física serão definidos pelo Poder Executivo. Isso foi definido no Decreto 3.048/99.

Das onze “reiteradas decisões sobre matéria constitucional” elencadas pela súmula 33, apenas duas correspondem ao enunciado sumulado.

A regra jurídica que se extrai do MI 788 e do MI 925 determina a aplicação dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/91 ao art. 40, § 4º da CF. Apesar disso, nas decisões, pouco se discute sobre as atividades profissionais exercidas pelos pleiteantes (no MI 925 não há quaisquer informações sobre a atividade desempenhada pelo pleiteante), de maneira que a *ratio* dos casos não contempla a respectiva atividade desempenhada por eles. Pouco se discutiu, nos casos, sobre a possibilidade de contagem diferenciada de tempo em decorrência de atividade insalubre. O MI 788 estabeleceu que o servidor público também tem direito à contagem diferenciada, mas derivou isso do MI 721 e o do MI 758, sem muita argumentação. As discussões nos debates de aprovação da súmula também não deixaram claro qual a posição da Corte quanto a esse assunto.

Em ambos os casos, fez-se referência ao MI 721 e ao MI 758 como “precedentes”, mas a regra jurídica que se extrai desses é mais restrita. Além disso, não é possível derivar do MI 721 e do MI 758 algum direito dos servidores públicos à contagem diferenciada de tempo decorrente do exercício de atividade insalubre. Isso porque esses mandados de injunção sequer mencionam essa questão.

A regra jurídica que se extrai dos MI 721, AgR MI 1596, Segundo AgR MI 3215 e Segundo AgR MI 4158 determina a aplicação somente do art. 57, § 1º da Lei nº 8.213/91 ao art. 40, § 4º da CF. Trata-se de uma aplicação muito mais restrita que aquela proposta pelo enunciado vinculante. Apesar disso, o MI 721 foi o *leading case* do enunciado sumulado, e aparece em quase todas as decisões como “precedente”.

O peculiar é que três desses casos tratam de hipótese distinta daquela assentada pela súmula vinculante nº 33: o AgR MI 1596, o Segundo AgR MI 3215 e o Segundo AgR MI 4158 tratam de aposentadoria especial de servidor público. Esse tópico será melhor trabalhado na próxima seção.

A regra jurídica que se extrai dos MI 795, MI 1328, MI 1527, MI 1785 e MI 2120 determina a aplicação do art. 57 da Lei nº 8.213/91 ao art. 40, § 4º da CF. O MI 795 foi o primeiro que determinou, de forma explícita, que a comprovação dos dados pertinentes à aposentação especial deveria ser feita pela autoridade administrativa competente (o Instituto Nacional do Seguro Nacional – INSS). Os MI 1328, MI 1527, MI 1785 e MI 2120 seguiram as determinações do MI 795, e foram todas decisões monocráticas. Em nenhum deles houve qualquer destaque às circunstâncias fáticas da demanda analisada (no MI 1785 não há sequer informações sobre a atividade desempenhada pelo pleiteante).

3.2 Inconsistências entre os julgados

Em três das “reiteradas decisões” (AgR MI 1596, Segundo AgR MI 3215 e Segundo AgR MI 4158) a hipótese trabalhada não é a de servidores públicos cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, mas a hipótese de servidores públicos com deficiência (*i. e.*, inciso I do § 4º, art. 40 da CF). Isso demonstra falta de clareza fática na análise das demandas, e pode ter consequências na capacidade de orientação jurisprudencial da Corte.

A determinação do sentido da súmula vinculante nº 33 depende, em grande medida, do nível de detalhamento em termos fáticos das reiteradas decisões, pois a questão por detrás dela (quem, de fato, tem direito à aposentadoria especial?) é bastante sensível aos fatos da demanda. Tem-se, aqui, um indício

de violação do requisito de aprovação de súmulas vinculantes trabalhado nesta pesquisa.

O MI 788 e o MI 758 estabeleceram que o servidor público tinha direito à contagem diferenciada do tempo de serviço em decorrência de atividade insalubre. O AgR 1596 estabeleceu que o art. 40, § 4º não admite conversão de períodos especiais em comuns, mas apenas a concessão da aposentadoria especial, mediante prova do exercício de atividades exercidas em condições nocivas. O AgR 1596 é posterior aos dois outros julgamentos. Se houve mudança na orientação jurisprudencial do STF, não houve preocupação especial em justificá-la.

Além disso, também não se justificou por que, em se tratando de aposentação especial, não se aplica a contagem diferenciada de tempo. Afinal, o objetivo da aposentadoria especial é justamente reduzir a idade e o tempo de contribuição para que o aposentado usufrua de seu benefício. Ao afastar isso sem a devida justificção, a Corte parece ter agido de maneira arbitrária.

3.3 Problemas adicionais

O MI 795, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em face de questão de ordem, permitiu que os ministros decidissem monocrática e definitivamente casos idênticos. Essa questão de ordem foi suscitada pelo Ministro Joaquim Barbosa, em face das dezenas de processos de mesma natureza aguardando julgamento na Corte.

O Ministro Marco Aurélio se opôs a essa autorização, argumentando que: ou (i) há autorização regimental para se proceder no campo monocrático – e então se procede segundo o critério do relator, ou (ii) não há essa autorização. Além disso, não seria possível autorizar isso em um julgamento.

O Ministro Carlos Britto afirmou que a questão de ordem suscitada por Barbosa não obrigava que se julgasse monocraticamente, apenas facultava ao relator o julgamento monocrático ou, caso quisesse, que se trouxesse o feito ao Plenário.

Nada mais foi discutido, e a autorização da decisão monocrática foi concedida. Não se discutiu o que se-

riam “casos idênticos”, nem qual seria a orientação jurisprudencial a ser empregada nesses casos. Se há contradições entre as próprias “reiteradas decisões”, não havia clareza jurisprudencial sobre o tema, e, ao se autorizar a possibilidade de decisão monocrática nesse contexto, dá-se margem a distorções na utilização do instituto da súmula vinculante pelo STF.

Em diversas ocasiões, pediu-se a fixação de quais critérios deveriam ser observados pela autoridade administrativa competente ao examinar o pedido de aposentadoria (como no ED MI 1286, umas das decisões citadas nos precedentes). No entanto, o STF assentou que não competia à Corte a especificação de critérios fáticos e jurídicos que deveriam ser observados na análise dos pedidos concretos de aposentadoria especial (o MI 1785 foi o *leading case* dessa orientação). Esse entendimento se repetiu em diversos outros momentos, como no AgR MI 3875 e no AgR MI 1967.

Se o objetivo da súmula vinculante, enquanto instituto jurídico, é fornecer orientação tanto às instâncias inferiores do Poder Judiciário quanto à Administração Pública, a não fixação desses critérios significa subversão do próprio instituto – uma vez que não cumpre as finalidades a que se propôs.

4 Conclusões

Na introdução deste artigo, postulei que a súmula vinculante foi criada com o objetivo de sanar a dificuldade de o Supremo Tribunal Federal impor suas decisões fora do âmbito de controle concentrado de constitucionalidade. Também postulei, com base na própria Constituição, que uma das exigências da outorga desse instrumento pelo Poder Legislativo foi a de que enunciados vinculantes fossem editados a partir de “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”.

A partir disso, apontei meu problema de pesquisa: o STF, ao aprovar a Súmula Vinculante nº 33, atendeu a esse requisito? Ou, em outras palavras, o STF criou um enunciado vinculante nos limites estritos de sua jurisprudência, notadamente em âmbito fático?

Na seção 2 (2. A súmula vinculante nº 33 – o problema jurídico da ausência de regulamentação complemen-

tar), busquei mapear a solução jurídica encontrada pelo STF a esse problema. Da análise dos casos selecionados, pude perceber que não houve clareza fática por parte da Corte ao lidar com demandas envolvendo aposentadoria especial de servidores públicos. Mais: em muitas decisões, não há quaisquer informações sobre a atividade profissional desempenhada pelo pleiteante, por exemplo.

Também se determinou que não compete ao STF fixar critérios fáticos ou jurídicos na análise dos pedidos de aposentadoria. Essa tarefa seria de competência da autoridade administrativa, no caso, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Não foi possível responder, diante disso, a quem a súmula se aplica, nem os critérios utilizados para determinar sua aplicação. Apenas se determinou que é competência do INSS analisar os pedidos concretos de aposentadoria, mas não se determinaram os critérios que deveriam ser seguidos por essa análise.

Na seção 3 (3. *Afinal, quem tem direito à aposentadoria especial?*), minha hipótese inicial foi confirmada. Nela, havia estabelecido que o STF não cumpriu o requisito “reiteradas decisões sobre matéria constitucional” ao editar a súmula vinculante nº 33 porque (i) as “reiteradas decisões” não têm clareza fática em sua *ratio* e (ii) não há identidade entre as *rationes* delas.

Nesta seção, pude perceber que há contradições entre o conteúdo dos precedentes e o conteúdo do enunciado sumulado, além de inconsistências entre os julgados.

Das onze “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, apenas duas correspondem ao enunciado da súmula vinculante nº 33. Três dessas “reiteradas decisões” tratam de hipótese distinta daquela assentada pela súmula (tratam de aposentadoria especial de servidor público com deficiência, e não de aposentadoria especial de servidor público cujas atividades prejudiquem a saúde ou a integridade física).

Duas decisões estabeleciam que o servidor público tem direito à contagem diferenciada de tempo de serviço em decorrência de atividade insalubre. Outra decisão, posterior, estabeleceu que o servidor

não tinha esse direito. As três foram elencadas como “reiterada decisão”, e não há menção à superação jurisprudencial. Também não se justificou por que, em se tratando de aposentação especial, não se aplica a contagem diferenciada de tempo.

Por fim, ao menos na súmula vinculante nº 33, os ministros da Corte não perceberam a exigência de um tipo de racionalidade distinta da tradicional. Por não responderem a essa nova exigência, houve subversão do instituto.

////////////////////////////////////

Data de submissão/Submission date: 09.03.2015

Data de aprovação/Acceptance date: 13.09.2016

5 Referências

- Abramovay, P. V. & Coiro, A. L. (2012). Medidas provisórias e súmulas vinculantes: riscos à separação de poderes?. *Revista do Advogado*, v. 117, 117-183.
- Abramovay, P. V. & Coiro, A. L. (2012). Aos ministros, tudo? Uma análise da aplicação dos requisitos constitucionais na elaboração de súmulas vinculantes. *Revista de Direito do Estado*, v. 24, 159-202.
- Bustamante, T. R. (2007). *Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, RJ.
- Duxbury, N. (2008). *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Massachusetts: Harvard University Press.
- Fine, T. M. (2011). *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.
- Glezer, R. E. (2011). *Súmula vinculante e ratio decidendi: uma abordagem empírica a respeito de redeseenho institucional e cultura jurídica*. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito de São Paulo, SP.
- Goodhart, H. A. (1930). Determining the Ratio Decidendi of a Case. *The Yale Law Journal Company, Inc*, 40(2), 161-183.
- Guest, S. (2010). *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- Guimarães, P. (2007). Análise constitucional do instituto da súmula vinculante sob o parâmetro do Estado Democrático de Direito, da segurança jurídica e da celeridade processual. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, n. 61, 247-267.
- Lima Lopes, J. R. (2009). *O Direito na História: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas.
- Lima Lopes, J. R. "Regla y Compas, o Metodología Para un Trabajo Jurídico", in: Courtis, Christian (Org.), *Observar La Ley*, Madrid: Editorial Trotta, 2006.
- Lopez Medina, D. E. (2006). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: LEGIS Editores S. A.
- MacCormick, N. & Summers, R. (1997). *Interpreting Precedents: a comparative study*. Vermont: Dartmouth Publishing Company Limited.
- Mendes, C. H. (2010). *Lendo uma decisão: obiter dictum e ratio decidendi. Racionalidade e retórica na decisão*. Sociedade Brasileira de Direito Público. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/19_Estudo%20dirigido%20-%20Ratio%20decidendi%20e%20obiter%20dictum%20-%20Conrado%20Hubner%20Mendes.pdf>.
- Müller, B. (2010). Como demandar "direito" do STF? Análise sob o enfoque das Reclamações em que se alega desrespeito às Súmulas Vinculantes. Monografia da Escola de Formação da sbdp. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/monografia_ver.php?idConteudo=169>. Acesso em 21 abr. 2015.
- Salles, J. C. M. (2007). Súmula Vinculante no Direito Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, ano 96, v. 864, 11-19.
- Schauer, F. (2009). *Thinking like a lawyer*. Massachusetts: Harvard University Press.
- Scudeler, M. A. (2006). A Reforma do Poder Judiciário: uma abordagem sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. In Luiz de Almeida, Jorge (Org.), *A Súmula Vinculante*. São Paulo: Millenium.
- Veçoso, F. F. C.; Pereira, B. R.; Perruso, C. A.; Marinho, C. M.; Babinski, D. B. O.; Wang, D. W. L.; Guerrini, E. W.; Palma, J. B. & Salinas, N. S. C. (2014). A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais: matrizes de análise e aplicação no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, 1(1), 105-139.
- Vieira, O. V. (2004). Que reforma?. *Revista de Estudos Avançados*, v. 18, n. 51.
- Vojvodic, A.; Machado, A. M. F. & Cardoso, E. L. C. (2009). Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, 5(1), 21-44.
- Vojvodic, A. (2012). *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, SP.